دكتور طلبة وهبة خطاب
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق جامعة عين شمس
معار بجامعة الملك سعود بالرياض

أحكام الالتزام
بين
الشريعة الإسلامية والقانون

دراسة مقارنة

الطبعة الأولى



ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي
١١ جواد حسني - القاهرة

دكتور طلبه وهبه خطاب
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق جامعة عين شمس
معار بجامعة الملك سعود بالرياض

أحكام الالتزام
بين
الشريعة الإسلامية والقانون
دراسة مقارنة

الطبعة الأولى

ملتزم الطبع والنشر

دار الفكر العربي
١١ جواد حسني - القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

« ثم جعلنـــاك على شريعـــــة من الأمـــر فاتبعهـــا
ولا تتبـــع أهـــواء الذين لا يعلمـــون » ..

(صـــدق الله العظيم)

آية رقم (١٨) من ســـورة الجاثيه

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــــدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين ، سـيدنا محمد خير الخلق أجمعين ، وعلى آله وصحبه ومن اتبع هـداه الى يوم الدين ٠

وبعـــــــد ٠٠

فالحاصل أن نظرية الالتزام تضم بين رحابها القواعـد العامة والأساسية التى تحكم الالتزام بصفة عامة او الالتزامات بوجـه عام اذا شئنا الدقــة ٠ وهـذا مصــدر أهميتها ٠ اذ تتضمن ، على هـذا النحـو ، الأسس التى تقـوم عليها المعاملات فى الشريعة والقانون ٠

وهـذه دراســة لأحكام الالتزام ، رأينا أن تكون على سبيل المقارنه بين القانون الوضعى وما خلص اليه فقهاء الشريعة الاسلامية الغراء ٠ فمـا احـوجنا فى هـذه الحقبة الى هـذا النوع من الدراسة المقارنة ٠

قـد يقــال ، أن فقــه الشريعة الاســلامية لم يعرف ما اسماه الفقـه القانونى « بنظرية الالتزام » ٠ والرد على ذلك لا يحتاج الى عناء ٠ فالمعروف ، أن الفقه الاسلامى لم يبن على النظريات ، لأن فقهاء المسلمين الأوائل قـد درجـوا على استخلاص الأحكام الفردية لأحـوال الناس ، واقتصروا على الفروع والجزئيات دونما اهتمام باستخلاص النظريات(١) ٠

واذا أمعنا النظر فى فكرة الالتزام فى الشريعة الاسلامية – ولم تعـدم وجودها فيها – لاحظنا أن الالتزام يتناول عـددا من الروابط تتمايز بموضوعاتها واحكامها تمايزا لم ير معه فقهاء هـذه الشريعة الغراء ادماجها فى وحــــدة تنتظمها جميعا ويكون لهـا اسم خاص يدل عليها ، على الرغم من اشتراكها فى بعض الأحكام ٠ ذلك أن اشتراكها فى بعض الأحكام يصاحبه اختلاف فى كثير منها ٠ وازاء هـذا الاختلاف كانت القناعة ببيانها متفرقة مـع بيان حكم كل

---

(١) راجـع ، عبد الفتاح عبد الباقى ، مصادر الالتزام فى قانون التجارة الكويتى ، جامعة الكويت ، ١٩٧٦ ، ص ١٩ – ٢١ ٠

رابطة منها • وعلى الرغم من ذلك فانه لم يكن متعذرا جمع كثير من هذه الأحكام المشتركة فى اطار ما يمكن أن نطلق عليه نظرية الالتزام فى الفقه الاسلامى •

وتأسيسا على ما سلف ، يمكننا القول بأنه ولئن كانت نظرية الالتزام - باعتبارها بنيانا يضم القواعد العامة والأساسية التى تعالج موضوع الالتزام وتنبيء عن تصور كامل له - هى نظرية وضعية نصا وفقها ، فانه لا يمكننا أن نهمل ما تنطوى عليه بطون كتب فقهاء الشريعة السمحاء من أحكام بشأنها وهى كثيرة •

هذا ، وقد واكب دراستنا هذه أمران غاية فى الأهمية • ان كان لهما من دلالة فانها الاتجاه صوب وضع الأمور فى نصابها الصحيح بتطبيق شريعة الله • الأمر الأول ، وقد واكب دراستنا منذ البداية وهو صدور التقنين المدنى الجديد فى الكويت ، وقد استمدت أحكامه من الفقه الاسلامى • ولذا فقد اتخذناه ركيزة للمقارنة سالفة الذكر • ولم لا ويعد بذلك أحدث التقنينات المدنية العربية التى استوحت أحكامها من شريعة الله • أما الأمر الثانى ، وقد واكب دراستنا فى نهايتها ويتمثل فى ظهور مشروع تقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر • وقد اتخذناه أيضا ركيزة من ركائز المقارنة موضوع دراستنا • ولا ينبغى أن يغيب عنا فى هذا الصدد ، التقنين المدنى المصرى ركيزة ثالثة • هذا التقنين الذى استمد منه التقنين المدنى الكويتى كثيرا من أحكامه ، وهذه حقيقة •

وعلى الرغم مما تؤدى اليه هذه الحقيقة من أن التقنين المدنى الجديد فى الكويت لا يختلف كثيرا فيما جاء به من أحكام - مصدرها الشريعة الاسلامية - عن التقنين المدنى المصرى الحالى ، فلا يفوتنا أن نبرز مقدما وبصورة اجمالية ما بينهما من اختلاف • ومن هنا فاننا لا نتردد فى القول - وعلى سبيل المثال - بأن النصوص المتعلقة بالفوائد فى الثانى انما تمثل موقعا اساسيا لاختلافه الجوهرى عن الأول • اضافة الى اختلافهما بخصوص أحكام التقادم (مرور الزمن) • هذا الى جانب مواقع أخرى للاختلاف لسنا بسبيل التعرض لها الآن • وفى الحق ، فان نتيجة على جانب عظيم من الأهمية تترتب على كل ذلك مؤداها : أن التقنين المدنى المصرى الحالى لا يختلف فى أحكامه عن الشريعة الاسلامية ، اللهم الا تلك الأحكام المتعلقة بالفوائد وأحكام التقادم • اضافة الى أحكام عقد التأمين ولا تقر الشريعة الاسلامية منها - كما هو معروف - الا ما يتعلق بالتأمين التعاونى • والقيمة الحقيقية لهذه

النتيجة فى نظرنا تظهر جلية مع الانتهاء من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر • اذ كان يكفى أن نلغى أو نعدل من أحكام القانون المدنى المصرى ما يخالف حكم الشرع الاسلامى •

وعلى اية حال ، فاننا سوف نجعل من التقنين المدنى الكويتى أساسا فى دراستنا هذه ، ونكتفى بالنسبة للتقنين المدنى المصرى الحالى بمجرد الاشارة الى النص المقابل منه لنظيره الكويتى فى حالة الاتفاق فى الحكم • ومن ثم فاننا سوف نتناول بالتفصيل النص المدنى المصرى حال لختلاف حكمه عن نظيره الكويتى وبعدهما نبرز موقف مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر حسبما تقتضيه دراستنا نمطا وأسلوبا • كل ذلك مع المقارنة بأحكام الفقه الاسلامى • وعلى صعيد هذا الفقه ، ينبغى ألا يغيب عن البال أكثر من محاولة لتقنين أحكامه • أولاها مجلة الأحكام العدلية • وثانيتهما كتاب مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان لمحمد قدرى باشا • وأحدثها جميعا مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد ابن حنبل الشيبانى للشيخ عبد الله القارى • وقد صدرت مؤخرا بالمملكة العربية السعودية •

ولما كان احد قطبى المقارنة التى نحن بصددها النظام المدنى الوضعى من جهة والقطب الآخر هو الفقه الاسلامى من جهة اخرى وكان لكل منهما ذاتيته وبناؤه المستقل ، فان من الطبيعى أن نصادف بعض الأحكام التى توجد فى الأول ولا توجد فى الثانى ، ودون أن يقلل ذلك من شأن الفقه الاسلامى • فمثل هذا التباين والاختلاف مألوف فى كل دراسة مقارنة •

واخيرا ، نرجو أن تكون دراستنا هذه حاديا لنا ولغيرنا الى مزيد من تعميق شتى جوانبها المختلفة وحواشيها المتعددة ، فالحاجة ملحة الى مثل هذه الدراسات المقارنة ، احياء لشريعة الله وابرازا لعظمة الصرح الذى شيده فقهاؤها شامخا ، والله الموفق الى ما فيه الخير والرشاد •

موضوعات الدراسة وخطة البحث :

ان النهج المنطقى لسرد الأحكام التى تضمها نظرية الالتزام فى رحابها يقتضى السير مع هذا النظام القانونى (الالتزام) فى مراحل حياته من ميلاده حتى مماته • فنواجه أولا الالتزام فى نشأته ببيان مصادره ودراستها ، وثانيا الالتزام فى حياته وما يرتبه خلالها من اثار ، وما يلحق به من أوصاف وما يمكن أن يطرأ من تغير فى اطرافه بالانتقال • وثالثا الالتزام فى مماته أى انقضائه •

ولما كانت دراستنا تنحصر فى أحكام الالتزام ، ونعنى بها القواعد التى تحكم الالتزام فى ذاته بعد نشوئه صحيحا – بقطع النظر عن مصدره – حتى انقضائه فان المرحلة الأولى تخرج عن نطاق هذه الدراسة ليكون موقعها ضمن مصادر الالتزام ·

وفى ضوء ذلك ، يمكننا ان نحدد – وعلى وجه الاجمال – دراستنا لأحكام الالتزام على المعنى المتقدم لها بأنها تشمل الالتزام فى حياته أولا ومن حيث مماته ثانيا ·

فى نطاق المرحلة الأولى ، وبعد أن يولد الالتزام صحيحا بنشوئه من مصدره ، تترتب آثاره ، واذا كان الأصل فى الالتزام أثناء ذلك أن يكون بسيطا ومنجزا أى على معنى أن يتجسد فى رابطة بين دائن واحد ومدين واحد يلتزم بأداء واحد ، هذا من ناحية وأن يكون واجب التنفيذ فور نشوئه من ناحية أخرى فانه قد يلحق به وصف يعدل فى هذا التنجيز أو تلك البساطة ·

بيد أن ذلك كله لا يؤثر فى جوهر الالتزام · هذا الجوهر الذى تحول من النظرة الشخصية ، والالتزام فيها لا ينفك عن شخص طرفيه ، الى نظرة مادية يختلط فيها الالتزام بمحله حيث القيمة الاقتصادية له(١) · ونعنى بالمحل الأداء الذى يتعين على المدين أن يقوم به لصالح الدائن · والفارق بين النظرتين ان الالتزام فى الأولى رابطة شخصية ومن ثم لا يتصور بقاء الالتزام مع تغير طرفيه او أحدهما · أما فى الثانية والعبرة فيها بالأداء ، فانه يتصور بقاء الالتزام على الرغم من تغير طرفيه أو أحدهما ، · فمن الجائز انتقال الالتزام من ناحيته الايجابية أو السلبية ·

والخلاصة ·· أن الالتزام فى هذه المرحلة يرتب آثاره وقد تلحقه اوصاف ويمكن أن ينتقل أو يتحول ·

---

(١) راجع :

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) :

" Droit civil ". t. 2., VOL. 1

" Les obilgation " Paris, 1962.

N. 549, P. 595 — 596.

أما فى نطاق المرحلة الثانية ، ونواجـه فيها الالتزام من حيث ممـاته فأننا نتناول اسباب انقضاء هـذا الالتزام ٠

فى ضـوء ما تقـدم ، نقسم دراستنا الى اربعـة ابواب :

الباب الأول : فى آثار الالتزام ٠

الباب الثانى : فى الأوصاف المعـدلة للالتزام ٠

الباب الثالث : عن انتقال الالتزام ٠

الباب الرابع : ونخصصه لانقضاء الالتزام ٠

الباب الأول

آثار الالتزام

١ – تمهيد وتقسيم :

يقصد بآثار الالتزام ، ما يترتب عليه من نتائج قانونية . وتبعا لذلك فان الأثر الجوهرى للالتزام – بعد نشوئه صحيحا من مصدره – هو تنفيذه ، أو على وجه الدقة وجوب تنفيذه . والاصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه مختارا . ولكن أن يمتنع عن ذلك ، فان امتناعا مثل هذا يكون مدعاة لكى يلجأ الدائن الى اجباره على التنفيذ . وفى الحالين ، اما أن ينصب التنفيذ على ذات الالتزام أو عينه ، بأن يؤدى المدين عين ما التزم به ويطلق عليه التنفيذ العينى جبرا أو اختيارا ، واما أن يتم التنفيذ عن طريق الزام المدين بأداء تعويض للدائن بدلا عن تنفيذ التزامه عينا ، ويطلق عليه التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض ، جبرا كان أو اختيارا هو الآخر .

اذن لا يصح الخلط بين التنفيذ العينى والتنفيذ الجبرى واعتبارهما شيئا واحدا[١] . وخلاصة ذلك كله ، والأثر الجوهرى للالتزام هو وجوب تنفيذه ، فان التنفيذ يأخذ صورة من اثنتين من حيث كيفية وقوعه .

الأولى : التنفيذ الاختيارى . L'exécution volontaire

الثانية : التنفيذ الجبرى . L'exécution forcé

وحال وقوع التنفيذ بالكيفية السابقة فانه يتخذ – وبحسب مضمون الأداء فيه – صورة من اثنتين أيضا :

الأولى : التنفيذ العينى . L'exécution en nature

الثانية : التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض .
L'exécution par équivalent.

---

(١) السنهورى . الوسيط . الجزء الثانى ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٦ ، رقم ٣٨١ ، ٣٨٢ ، ص ٧١٨ – ٧١٩ .

وأيا كانت صـورة التنفيذ ، فان الدائن يمكنه أن يستعين بعـدة وسائل تضمن وقـوعه • وعلى أية حال ، فانه لـما كان التنفيذ الاختيارى للالتزام ، عبارة عن الوفاء به ، فان الوفاء يعـد – على هـذا النحـو – أثرا للالتزام ، وبنفس القـدر أيضا يعـد سببا لانقضائه • ومن ثم تقـع دراسته فى الباب المخصص لانقضاء الالتزام •

وفى ضـوء ذلك ، تنقسم دراستنا فى هـذا الباب الى الفصول الآتية :

الفصل الأول : التنفيذ العينى •

الفصل الثانى : التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض •

الفصل الثالث : فى وسائل ضمان التنفيذ •

الفصـــل الأول

التنفيذ العينى

L'EXÉCUTION EN NATURE

٢ ـ تمهيـد وتقسيم :

ذكرنا انه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه مختارا ، كان للدائن أن يجبره على هـذا التنفيذ • والتنفيذ الجبرى يقـع عادة على ذات الالتزام ، ومقتضى ذلك أن يقـدم المدين للدائن عين الأداء الذى التزم به •

وما ينبغى أن يلاحظ فى هـذا المقـام ، أنه ليس كل التزام يمتنع المدين عن الوفاء به اختيارا يكون من شأنه أن يفتح باب التنفيذ الجبرى أمام الدائن • اذ التنفيذ الجبرى يكون ممكنا للدائن ـ بحسب الأصل ـ اذا كان الالتزام محل امتناع المدين عن التنفيذ الاختيارى التزاما مدنيا وليس طبيعيا[١] •

ونتكلم أولا عن الالتزام المدنى وتنفيذه جبريا •

وثانيا عن الالتزام الطبيعى •

ونخصص لكل منهما مبحثـا •

---

(١) راجـع بالتفصيل ، التفرقة بين الالتزام المدنى والطبيعى :

MARTY et RANAUD : op. cit., p. 595, n. 547 et p. 840, n. 834.

المبحث الأول

الالتزام المدنى وتنفيذه جبريا

٣ - والالتزام المدنى هـو الالتزام التام أو الكامل الذى يشتمل على عنصرين :

للعنصر الأول ويطلق عليه عنصر المديونية ، devoir اما العنصر الثانى فهو عنصر المسئولية engagement .

ويراد بالمديونية ، أن ثمـة واجبا على المدين بالوفاء ، اما المسئولية فمؤداها أنه يمكن للدائن قهر المدين على الوفاء اذا امتنع عن الوفاء اختيارا . والارتباط بين العنصرين ارتباط الوسيلة بالغاية(٢) . فاذ امتنع المدين - فى نطـاق العنصر الأول - عن الوفاء تحرك عنصر المسئولية لجبره على ذلك . اذ الأصل توافر العنصرين فى الالتزام . فيقال ان الالتزام مدنى لكى ليس ثمـة ما يمنع من توافر عنصر المديونية دون المسئولية . فالأول هـو الأساس والثانى لا يعـدو كونه وسيلة لضمانه . ويترتب على ذلك اذن تصـور وجـود الالتزام بعنصر المديونية دون عنصر المسئولية وفى هـذه الحالة يكون الالتزام ناقصا ويطلق عليه الالتزام الطبيعى . لكن لا يتصور وجـود عنصر المسئولية دون عنصر المديونية أى مـع تخلف الأخير - ابتداء - وبصورة مستمرة .

وفى ضـوء المعنى المتقـدم ، يعـد الالتزام مدنيا اذا نشأ كذلك منذ البداية أو كان التزاما طبيعيا وتعهد المدين بالوفاء به فصار بناء على هـذا التعهـد التزاما مدنيا(٣) .

واذا كان هـذا هـو مقصود الالتزام المدنى فمـا هى شروط تنفيذه تنفيذا عينيا وكيف يتم ذلك ؟ وما هـو موقف الفقـه الاسـلامى من فكرة التنفيذ العينى ؟

نوضـح ذلك فى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : شروط تنفيذ الالتزام المدنى تنفيذا عينيا جبريا .

المطلب الثانى : التنفيذ العينى فى الفقـه الاسـلامى .

المطلب الثالث : كيفية وقـوع التنفيذ العينى الجبرى .

---

(٢) السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، مشار اليه من قبل ، رقم ٣٨٧ ، ص ٧٢٥ انور سلطان الموجز فى النظرية العـامة للالتزام ، جـ ٢ ، احكام الالتزام ، الاسـكندرية ، ١٩٦٤ - ١٩٦٥ ، جـ ٢ رقم ١٣٨ ، ص ١١٦ .

(٣) محمد لبيب شنب ، دروس فى نظرية الالتزام ، ١٩٧٥ ، احكام الالتزام رقم ٢٠٨ ، ص ١٩١ .

المطلب الأول

شروط تنفيذ الالتزام المدنى تنفيذا عينيا جبريا

٤ ـ ان النطاق الحقيقى للتنفيذ العينى الجبرى ـ وهـذا بدهى ـ يتحدد بحالة امتناع المدين عن التنفيذ الاختيارى لالتزام مدنى ٠

وقـد نصت على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المـادة ٢٨٠ من القـانون المدنى الكويتى الجـديد اذ قالت : « اذا لم ينفـذ المدين الالتزام باختياره نفـذ جبرا عليه » وأضافت فى فقرتها الثانية أنه « اذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر فى تنفيذه »[٤] ٠ (م٠ ١٩٩ مدنى مصرى) ٠

ومن المتعين حتى يمكن للدائن أن يلجـأ الى هـذا التنفيذ توافر الشروط الآتيـــــة :

٥ ـ الشرط الأول : أن يكون هناك سند تنفيذى بيـد الدائن :

ونستند فى وجـود هـذا الشرط الى المـادة ١٩٠ من قانون المرافعـات الكويتى الجـديد وقـد نصت على أنه « لا يجـوز التنفيذ الجبرى الا بسند تنفيذى ٠٠٠٠٠٠ » والمعنى الواضح لذلك ، أنه يتعين حتى يمكن للدائن أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينا أن يكون بيـده سند تنفيذى يثبت حقه ٠ والسندات التنفيذية كما تقضى قواعـد التنفيذ عبارة عن الأحكام القضـائية والمحررات الرسمية ٠ أو هى ، وعلى حـد تعبير النص السابق ، الأحكام والأوامر والمحررات الموثقة ومحاضر الصلح التى تصـدق عليها المحاكم والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هـذه الصفة[٥] ٠

---

(٤) راجـع فى هـذه الشروط : السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، مشار اليه من قبل ، ص ٧٥٩ ، رقم ٤٠٧ وما بعـدهما ٠

وراجـع فى الفقـه الفرنسى :

Marty et Rana ud : op. cit., n. 651-654, P. 676-677.

(٥) وقـد صـدر قانون المرافعات الكويتى الجـديد ، بالمرسوم بقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ ، فى ١٩٨٠/٦/٤ ٠

ويلاحظ ان عبارة المحررات الموثقـة فى المـادة ١٩٠ استبدلت بعبارة الأوراق الرسمية فى المـادة ٣٦٧ من قانون المرافعات القـديم فى الكويت ٠

راجـع ، المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الجـديد فى الكويت ، مكتب وزير الدولة للشئون القانونية والادارية ـ لجان تطـوير التشريعات ، مطبعة مقهوى ٠ ص ٢٩٨ ٠

والأصل أنه اذا كان حـق الدائن ثابتا بمقتضى محرر رسمى كان له أن ينفـذ بواسطته ٠ والمحرر الرسمى عبارة عن ورقـة يحررها موظف عـام مختص بذلك يطلق عليه الموثق أو كاتب العـدل ويثبت فيها بيانات معينة ٠

أما اذا كان حـق للدائن ثابتا فى محرر عرفى أى فى ورقـة لم يحررهـا الموظف العام المختص ولكن قام الأفراد بتحريرها ووقعـوا عليها فان هـذا الدائن لا يمكنه جبر المدين على التنفيذ العينى بواسطتها اذ يتعين عليه استصدار حكم من القاضى بثبوت حقـه ٠ فاذا صـدر الحكم كان سندا تنفيذيا ما دام قـد صار نهائيا بمنأى عن الطعن ٠ ويلاحظ أن هـذه الحالة تختلف عن سابقتها وقـد ثبت فيها حـق الدائن بمحرر رسمى ٠ اذ المحرر الرسمى عبارة عن سند تنفيذى ولا يحتاج الدائن معـه الى استصدار حكم من القاضى لكى يجبر المدين على التنفيذ العينى ٠

٦ ـ الشرط الثانى : وجـوب قيام الدائن باعـذار المدين :

يتعين على الـدائن ، وقبـل لجـوئه الى التنفيذ الجبرى ، أن يقـوم باعـذار المدين ٠ ونقصـد بالاعـذار أن يجعل الدائن المدين فى حالة تأخر عن تنفيذ التزامه ويكون بدعـوة الأول للثانى الى الوفاء مختارا ، فاذا لم يف كان اللجـوء الى التنفيذ الجبرى ٠ وقـد نصت على هـذا الشرط المـادة ٢٨٤ من القانون المدنى الكويتى الجـديد اذ قالت فى فقرتها الأولى « يجبر المدين ، بعـد اعـذاره ، على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ٠٠ »[٦] ٠

ويكون اعـذار المدين بانذاره أو بمـا يقـوم مقام الانذار ٠ والانذار عبارة عن ورقـة رسمية تعلن للمدين متضمنة الدعـوة الى تنفيذ التزامه ٠ واذا تم ذلك كان الدليل على تخلفه عن تنفيذ التزامه تنفيذا اختياريا ممـا يحـق معـه للدائن أن يلجـأ الى اجباره على التنفيذ ٠

٧ ـ الشرط الثالث : أن يكون التنفيذ العينى ممكنا للمدين دون ارهاق :

والشرط على هـذا النحـو ذو شـقين :

ومؤدى الشق الأول ، أنه لكى يلجـأ الدائن الى التنفيذ العينى الجبرى ، يجب عليه أن يراعى امكان قيام المدين به ٠ فلو ثبت أن تنفيذ الالتزام عينا أى

---

(٦) يقـابل نص الفقرة الأولى من المـادة ٢٠٣ من القانون المدنى المصرى ٠

بذاته امر غير ممكن ويستحيل على المدين أن يقوم به لما صح اللجوء الى التنفيذ العينى ولو كانت الاستحالة ترجع الى خطأ المدين • وعلة ذلك ترجع فى نظرنا الى عدم امكانية المطالبة بالتزام ثبت استحالة تنفيذه •

وقد تناولت هذا الشرط فى شقه الأول الفقرة الأولى من النص السابق ذكره اذ قالت : « يجبر المدين •• على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنـا » •

وتطبيقا لذلك ، فانه اذا التزم المدين فى مواجهة الدائن بتسليم شىء معين بالذات ولكن هلك الشىء بعد نشوء الالتزام بتسليمه على عاتق هذا المدين ، كان التنفيذ العينى لهذا الالتزام ضربا من الاستحالة[٧] •

ومؤدى الشق الثانى ، انه لا يكفى أن يكون التنفيذ العينى ممكنـا للمدين ، بل يتعين فوق ذلك الا يكون مرهقـا له وان كان ممكنا • ويكون التنفيذ العينى مرهقا للمدين اذا كان يصيبه من ورائه ضرر فادح • وقد تصدت لذلك المادة ٢٨٤ من القانون المدنى الكويتى الجديد فى فقرتها الثانيـة بقولها « ومع ذلك اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين ، جاز للمحكمة بناء على طلبه أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض اذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما » • والمعنى الواضح لذلك انه اذا كان التنفيذ العينى للالتزام فيه ارهاق للمدين على المعنى المتقدم لذلك ، يجوز للمحكمة وبناء على طلبه ان تقصر حق الدائن على تعويض • اضافة الى ذلك ، فانه يستفاد من النص أن المشرع ، وقد اخذ فى الاعتبار مصلحة المدين بعدم اجباره على التنفيذ العينى اذا كان مرهقا ، لم يهمل مصلحة الدائن ايضا • اذ اشترط لعدم اجبار المدين على التنفيذ العينى ومن ثم قصر التزامه على أداء تعويض الا يلحق الدائن من جراء ذلك ضرر جسيم • وعلى ذلك اذا طالب الدائن باجبار المدين على التنفيذ العينى وطلب المدين من المحكمة أن تقصر التزامه ومن ثم حق الدائن على تعويض بدعوى أن التنفيذ العينى مرهق له ، وجب على القاضى أن يوازن – وقبل الحكم – بين ما يصيب المدين من ضرر من وراء اجباره على التنفيذ العينى من جهة وما قد يلحق الدائن من ضرر من جراء الاقتصار على الحكم له بتعويض من جهة اخرى • فان رجح القدر الذى يصيب المدين رجحانا كبيرا على ما

---

(٧) وليس امام الدائن فى هذه الحالة الا المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض اذا كان الهلاك بخطأ المدين ، الا اذا كان الهلاك بسبب اجنبى ، انقضى الالتزام بالتسليم ولا يمكن تنفيذه لا عينا ولا عن طريق التعويض •

راجع فى هذا المعنى : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢٠٩ ، ص ١٩٣ •

قد يلحق الدائن منه عدل القاضى عن الحكم بالتنفيذ العينى ولقتصر على الزام المدين بالتعويض • أما اذا كان الضرر الذى يصيب المدين يساوى أو لا يزيد كثيرا عما قد يلحق الدائن منه أو كان الضرر الذى لحق الدائن يرجح الضرر الذى يصيب المدين حكم القاضى بالقاعدة الأصلية وتقضى بوجوب التنفيذ العينى الجبرى •

ولا يفوتنا أن نشير الى النص المقابل من القانون المدنى المصرى نظرا لاختلاف أحكامه على ما يبدو لنا فقد نصت المادة ٢/٢٠٣ على ما يأتى : « على أنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » •

وبالمقارنة بين هذا النص وما تضمنته المادة ٢/٢٨٤ من القانون المدنى الكويتى نجد اختلافا بينهما فى الصياغة أدى الى اختلاف فى الحكم • ويظهر الوجه الأول للاختلاف اذا لاحظنا أنه فى حالة ما اذا كان التنفيذ العينى مرهقا للمدين نجد النص المصرى وقد استخدم عبارة « جاز له » أى للمدين أن يقتصر على دفع تعويض • ونرى أن صياغة النص الكويتى اكثر انضباطا • فالنص المصرى بصياغته ، يحمل على الاعتقاد بأن المشرع قد جعل الأمر جوازيا للمدين مع أن للمحكمة دورا ، بينما جعله النص الكويتى للمحكمة بناء على طلب المدين حين قال : « جاز للمحكمة بناء على طلبه (أى المدين) أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض » •

ويظهر الوجه الثانى للاختلاف اذا أدركنا أن النص المصرى قد تكلم عن « تعويض نقدى » يقصر المدين التزامه عليه • بينما النص الكويتى قد تكلم عن مجرد « تعويض » تقصر المحكمة حق الدائن عليه • والمعنى الواضح لذلك أن المدين المرهق من التنفيذ العينى يؤدى ــ حسب النص المصرى وكلمة تعويض جاءت فيه مخصصة ــ تعويضا للدائن يجب أن يكون نقديا • بينما يؤدى ــ بموجب النص الكويتى ــ تعويضا عينيا أو نقديا • نظرا لأن كلمة تعويض وردت فيه دون تخصيص • وأكثر من ذلك قد يرى القاضى أن يستجيب لطلب المدين بالتعويض العينى خاصة اذا لم يعترض على ذلك الدائن كما لو كان محل الالتزام تسليم اشياء من نوع معين بأوصاف محددة وتبين ان الحصول عليها يرهق المدين ، ويمكن أن يسلم أشياء أخرى تؤدى للدائن نفس الغرض أو على وجه قريب دون أن يلحقه من ذلك ضرر جسيم[٨] •

---

(٨) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى الجديد •

وعلى أية حـال ، يجـدر بنا أن ننبـه أخـيرا الى أن تقـدير ما اذا كان التنفيذ العينى مرهقـا للمدين انمـا يعـد مسـألة موضوعية تتوقف على ظـروف الحـال(٩) • وتطبيقـا لذلك فـانه اذا التزم مشترى قطعة أرض فى مواجهـة البائع بالا يقيم عليهـا مبـان تجاوز ارتفاعا معينـا ، وخالف المشترى ذلك ، وجاء البائع وطلب هـدم المبانى الزائدة عن الارتفاع المقرر ، ولكن وجـد أن فى الهـدم ارهـاقا للمدين لانه يضيع عليـه ما انفقه اضـافة الى كونه يكبده مصروفات أخرى لهـذا الهـدم • يمـكن للقاضى ان يقصر حق الدائن على تعويض نقـدى بنـاء على طلب المدين (المشترى) بشرط الا يسبب ذلك للبائع أضرارا جسيمة • أما اذا كان الهـدم يؤدى الى هـذه الاضرار للبـائع ، كما لو منعه من الارتفاع بعقار آخـر يملكه قيمته تفوق قيمة المبـانى المطلوب هدمها ، حـكم القاضى بالهـدم (١٠) •

٨ ـ الشرط الرابع ـ الا يكون فى التنفيذ العينى مساس بحرية المدين الشخصية :

من المسـلم به دون نص أنه لا يجـوز اجبـار المـدين على التنفيذ العينى اذا كان هـذا التنفيذ يستوجب تدخله شخصيا ، اذ لو اجبر على التنفيذ بالرغم من ذلك لكان معناه المساس بحريته الشخصية • ويحـدث ذلك اذا كان التزام المدين يتمثل فى القيام بعمل لا يمكن أن يقـوم به غيره •

مثـال ذلك التزام فنان بالغناء فى حفل أو بالتمثيل على المسرح •

٩ ـ مشروع تقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعـاملات المـالية فى مصر والتنفيذ العينى الجبرى :

أولا ـ رسـمت الفقرة الاولى من المـادة ٢١٠ من المشروع ، النطاق الحقيقى للتنفيذ العينى الجبرى ، ويتحدد بامتناع المدين عن التنفيذ الاختيارى لالتزام مدنى ، اذ قالت : « ينفـذ الالتزام جبرا على المدين » وأضافت هـذه المـادة المقترحة فى فقرتها الثانية « ومع ذلك اذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر فى تنفيذه » •

وواضح أن نص هـذه المـادة يواجه فى فقرته الاولى ـ وبالتقريب مع نص الفقرة الثانية منه ـ التنفيذ العينى الجبرى للالتزام الكامل الذى يتوافر فيه عنصر المديونية وعنصر المسئولية ويقال له الالتزام المدنى •

---

(٩) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ •

(١٠) راجع حكم المـادة ١٠١٨ من القانون المدنى المصرى •

ونص المـادة ٢١٠ من المشروع يطابق المـادة ١٩٩ من القـانون المدنى المصرى الحـالى · كما تطابق ايضـا المـادة ٢٨٠ من القانون المدنى الكويتى وقـد عرضنا لحكمهما من قبـل ·

ثانيـا ـ وعن شروط التنفيذ العينى الجبـرى للالتزام المـدنى ، فقـد استوجبت الفقرة الاولى من المـادة ٢١٧ من المشروع قيـام الدائن باعذار المدين · ويجرى نصها على النحـو التالى : « يجبر المدين بعـد اعـذاره على تنفيذ التزامه · تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنـا » · وواضـح أن النص يشترط الاعذار اضـافة الى كون التنفيذ العينى ممكنا · والنص على هـذا النحـو يطابق نص الفقرة الأولى من المـادة ٢٠٣ من القانون المدنى المصرى الحـالى كما يطابق الفقرة الاولى من المـادة ٢٨٤ من القانون المدنى الكويتى وقـد عرضنا لحكمهما من قبل ·

اضـافة الى ما تقدم ، اشترطت الفقرة الثانية من المـادة ٢١٠ من المشروع الا يكون التنفيذ العينى مرهقا للمدين رغم امكانه ونصـها كالآتى : « على أنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جاز للقاضى بناء على طلب المدين أن يقصر حق الدائن على اقتضـاء تعـويض اذا كان ذلـك لا يلحق بـه ضررا جسيما » ·

والنص على هـذا النحـو يطابق الفقرة الثانية من المـادة ٢٨٤ من القانون المدنى الكويتى وقـد سبق شرحها · ويختلفان عن الفقرة الثانية من المـادة ٢٠٣ من القانون المدنى المصرى الحالى · وقـد أبرزنا الاختلاف من قبل ونحن نقارن النص الكويتى (٢/٢٨٤) مع نص القانون المدنى المصرى الحـالى (٢/٢٠٣) ·

المطلب الثــانى

التنفيذ العينى فى الفقــه الاسلامى

١٠ ــ ذكرنا ان التنفيذ العينى ينصب ــ فى القانون الوضعى ــ على ذات الالتزام والى هــذا خص فقهاء الشريعة الاسلامية قاعدة وتطبيقا ٠ أما القاعدة فقد نصت عليها المــادة ١٥٣ من مجلة الاحكام العدلية بقولها « اذا بطل الاصــل يصــار الى البــدل » والمعنى الواضــح لذلك أنه يجب فى الالتزامات الوفاء بالاصــل ما دام ممكنا ، ومن ثم لا يجــوز الوفاء بالبــدل الا اذا تعذر الوفاء بالاصــل وهو المعنى المقصـــود بالتنفيذ العينى (١١) ٠ أما تطبيقها فنجده فى احكام الغصب ٠

ومن هــذه الأحــكام عنــد الاحنــاف ، ما ورد فى حاشــــية رد المحتار لابن عابدين ، ونجتزىء منه ما يلى : (ويجب رد عين المغصوب فى مكان غصبه ويبرأ بردها ولو بغير علم المــالك لقوله عليه الصــلاة والسلام « على اليــد ما أخذت حتى ترد » (١٢) ومعنى ذلك أنه يتعين على الغاصب وهــو ملتزم برد المغصوب أن ينفذ التزامه عينا ٠ وهو ما أخذت به المــادة ٨٩٠ من مجلة الاحكام العدلية ونصت على أنه « يلزم رد المغصوب عينــا » ٠

وعنـــد المــالكية ، جــاء فى باب الغصب من كتاب قوانين الاحـــكام الشرعية لابن جزى ما يأتى : « ففيما يجب على الغاصب حقان : ٠ ٠ ٠ ٠ ٠ ثانيهما وهــو حق المغصوب منه اذ يجب أن يرد اليه ما غصبه فلو كان المغصوب قائما رد بعينه اليه وان كان قــد فات رد اليه مثله أو قيمته (١٣) ٠

---

(١١) راجــع فى هــذا المعنى : صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقـــود فى الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، ١٩٧٢ ، ج ١ ، ص ١٥٨ ــ ١٦٠ ، ج ٢ ، ص ٥٠٥ ــ ٥٠٧ ٠

(١٢) حاشية رد المختار لخاتمة المحققين محمد امين الشهير بابن عابدين ٠ على الدر المختار : شرح تنــوير الابصار ٠ ويليــه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٦ هـ ــ ١٩٦٦ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٩٩ هـ ــ ١٩٧٩ م ، الجزء السادس ، ص ١٨٢ ٠

(١٣) قــوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، محمد بن احمد بن جزى الغرناطى المــالكى ، طبعة سنة ١٩٧٩ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ص ٣٥٨ ٠

وواضح أن هـذا النص الفقهى يؤكد ما ذهب اليه الاحناف من وجوب تنفيذ الغاصب لالتزامه برد المغصوب تنفيذا عينيا ما دام هذا المغصوب قائما ٠

وعنـد الحنابلة ، تضمنت المـادة ١٣٧٨ التى وردت فى باب الغصب من مجـلة الأحـكام الشرعية على مذهب الامام أحمـد بن حنبل[١٤] ، هــذا التطبيق أيضـا ويجـرى نصها على النحـو التالى :« يجب على الغاصب رد المغصـوب لـمالكه فى المحـل الذى غصب فيــه ان قـــدر عليــه ولا يجبر على قبول عوضه ولو بذل الغاصب أكثر من قيمته » وعلى هـذا المعنى كان تركيز المـادة ١٣٨٤ من المجلة المذكورة ونصها كالآتى : « لا يقبل من الغاصب رد قيمة المغصوب الا اذا تعـذر رده عينا » [١٥] ٠

ويتضح لنـا ممـا تقـدم أنه يجب على المدين ان يؤدى عين ما التزم به فالتنفيذ العينى للالتزام هـو الاصـل فى الشريعة الاســلامية شريطة أن يكون ممكنا ٠

١١ ـ والخلاصة : أن القانون المدنى لا يختلف فى أحكامه بخصـــوص التنفيذ العينى للالتزام عن الفقه الاســـلامى ٠ فالمدين فيهما يتعين عليه ان ينفذ التزامه عينا ٠ وهـذا يفترض بطبيعة الحـال أن يكون ذلك التنفيذ ممكنا ٠ على أن الامكان ـ فيهما ـ لا يكفى وحده ، بل يجب علاوة عليه ألا يكون تنفيذ الالتزام بعينه مرهقا للمدين ٠ وقـد اتضـح لنـا ذلك بالنسبة للقانون المدنى ونحن نعرض لشروط التنفيذ العينى فيه ٠ ولا نعـدم الدليـل عليه أيضا فى نطاق الفقه الاسلامى ٠ والدليل عبارة عن حكم تضمنته المـادة ١٣٨٨ من مجلة الاحـــكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ويجرى نصها على النحـو التـالى :

---

(١٤) كتاب مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل الشيبانى ، للشيخ احمد بن عبد الله القارى ٠ دراسة وتحقيق عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، محمد ابراهيم احمد على ٠ مطبوعات مؤسسة تهـامه بالمملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠١ هـ ـ ١٩٨١ م ٠

(١٥) وقـد ورد التطبيق فى فقـه الشافعية ايضا ٠ جاء فى المهـذب « فان كان المغصوب باقيا لزم رده ٠٠٠٠٠٠ لأنه لاحـق للمغصوب منه فى القيمة مع بقاء العين » ٠ المهـذب لأبى اسحق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى الشيرازى ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٣٧٩ هـ ـ ١٩٥٩ م ، الجزء الأول ، ص ٣٧٤ ٠

« اذا تلف المغصوب أو أتلف ضمن الغاصب بمثله اذا كان مثليـا فان تعـذر المثـل لعدمه أو بعـده أو غلائه وجبت قيمته وقت التعذر » ٠

واذا كان لنـا أن نستخلص من النص ، فان الحـكم فيه يخص ضمان الغاصب للمغصوب حال تلفه أو اتلافه ٠ ومضمون الحكم أنه لو كان المغصوب مثليـا ، التزم الغاصب برد مثله ، وهـذا هـو الاصـل ٠ الا أن النص قـد خرج على هـذا الأصـل ، اذا تعـذر على الغاصـب رد المثـل لانه بعيـد أو غال ، وأوجب عليـه القيمة وقت التعـذر ٠ ويكون النص بذلك قـد رأى فى بعـد المثـل وغلائه ارهاقا للغاصب وهو مدين برده عند التعذر ، فأعفاه منـه على الرغم من ان تنفيذه ممكنا وليس مستحيلا ٠

المطلب الثالث

كيفية وقوع التنفيذ العينى الجبرى

١٢ ـ اذا انفتح الباب أمام الدائن للتنفيذ العينى الجبرى نظرا لامتناع المدين عن التنفيذ الاختيارى ، فان هذا الدائن اما أن ينفذ بحقه مباشرة وأما أن يستخدم فى التنفيذ وسائل غير مباشرة • وعلى هذا يمكن القول أن التنفيذ العينى الجبرى يتخذ ـ فيما يتعلق ببيان كيفية وقوعه ـ صورة من اثنتين[١٦] •

الاولى : وفيها يكون التنفيذ العينى مباشرا •

الثانية : وفيها يكون التنفيذ العينى غير مباشر •

ونخصص لكل منهما فرعا مستقلا •

---

(١٦) راجع فى هذا للتقسيم :
MARTY et RANAUD : op. cit., : n. 658 P. 680.

الفرع الأول

التنفيذ العينى المباشر

١٣ ـ يراد بالتنفيذ المباشر الطريق الذى به يتم التنفيذ الجبرى لالتزام ليس محله مبلغا نقديا وفيه يتم التنفيذ العينى بعدة طرق مباشرة تختلف تبعا لاختلاف طبيعة الالتزام محل التنفيذ • وتختلف صور الالتزام فى هذا الصدد تبعا لاختلاف طبيعته (١٧) • فهناك الالتزام بنقل حق عينى والالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل • ونعرض لبيان كيف يكون التنفيذ فى هذه الصور على التوالى وهو نفس الترتيب الذى اتبعه المشرع المدنى الكويتى •

١٤ ـ أولا ـ الالتزام بنقل حق عينى : obilgation de donner

قد يلتزم المدين بنقل حق عينى • والحق العينى قد يكون حق ملكية أو أى حق عينى آخر وقد تصدى المشرع المدنى الكويتى لكيفية تنفيذ هذا الالتزام عينا فى المادة ٢٨٥ اذ قال : « اذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شىء معين بنوعه ، ولم يقم المدين بافراز شىء من النوع ذاته مملوك له ، جاز للدائن أن يحصل على شىء من هذا النوع على نفقة المدين بعد اذن القاضى أو دون اذنه فى حالة الاستعجال • كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشىء دون اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض اذا كان له مقتض »(١٨) •

ويتضح لنا من النص انه اذا التزم المدين بنقل حق عينى على شىء معين بالنوع فان الاصل أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام اختياريا وذلك بالافراز • ويكون الافراز بوضع علامة على الشىء تميزه عن غيره • كما اذا كان الشىء من المنقولات التى تتعين بالنوع والمقدار فقط • كشراء مائة اردب من قمح فى مخزن ، حيث يكون افرازها بوضع علامة تميز القمح المباع

---

(١٧) CARBONIER (J.) : Droit civil, t. 4, Les obiligation, Paris, 1965, n. 4, p. 18-19

(١٨) راجع المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات الكويتى الجديد بخصوص التنفيذ المباشر بتسليم منقول • والمادة ٢٩١ بخصوص التنفيذ المباشر للالتزام بعمل او امتناع •

عن غيره من القمح · واذا تم ذلك انتقل الحق العينى عليها من وقت الافراز لان بالافراز يصير الشيء معينا بالذات · اما اذا لم يقم المدين بالافراز كان للدائن ان يلجأ الى التنفيذ العينى الجبرى المباشر · ووسيلته فى ذلك ان يحصل على شيء من هذا النوع على نفقة المدين · ولكنه يتقيد فى ذلك بالحصول على اذن القاضى فى الظروف العادية لكنه يتحرر من هذا القيد فى حالة الاستعجال · وعلى ذلك ، فانه يجوز للدائن فى المثال المتقدم أن يحصل على قدر مماثل للقمح الذى لم يقدمه المدين ، بشرائه على نفقة الأخير الذى يلتزم بالثمن ولو كان يزيد عن السعر الذى التزم البيع بمقتضاه · ولكن ذلك مشروط بحصوله على اذن القاضى قبل الشراء · أما فى حالة الاستعجال كما لو كان الشيء المراد الحصول عليه أغذية لمرضى فى مستشفى أو ادوية لهم فان الدائن فى سعيه للحصول عليها على نفقة المدين يعفى من الاذن المذكور · وتقديرى فى ضوء ما تقدم ، انه اذا دققنا النظر فى نص المادة ٢٨٥ وجدناه يعالج التنفيذ العينى للالتزام بنقل حق عينى فى اطار فرض واحد يكون محل هذا الالتزام فيه شيئا معينا بالنوع · ومن هنا يمكننى القول بأن المشرع المدنى الكويتى يكون قد سلك بذلك مسلكا مخالفا لما درجت عليه التقنينات المدنية فى هذا الصدد وبصفة خاصة التقنين المدنى المصرى · ذلك ان التقنين الأخير قد تصدى لكيفية التنفيذ العينى للالتزام بنقل الحق العينى فى فرضين · الأول وفيه يكون محل الالتزام شيئا معينا بالذات ، أما الثانى فان محل الالتزام فيه يكون شيئا معينا بالنوع · وتناول الفرض الأول فى المادة ٢٠٤ منه وتنص على أن « الالتزام بنقل ملكية أو حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » ·

وقد استبعد المشرع المدنى الكويتى هذا الفرض وعلة الاستبعاد أنه لا يوجد فى الفرض الذى تناوله النص السابق أى التزام فى حقيقة الأمر ، وانما ينتقل الحق بقوة القانون كأثر مباشر للسبب الذى من شأنه ان ينقل الحق[19] · ولذلك اقتصر على الالتزام بنقل حق عينى وكيفية

---

(١٩) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى الجديد · الكويت اليوم العدد ١٣٣٥ · ١٩٨١/١/٥ ، السنة السابعة والعشرون ، ص ١٧٥ ·

تنفيذه عينا اذا كان الشيء معينا بالنوع وذلك فى المادة ٢٨٥ المذكورة من قبل ، وهى تقابل نص المادة ٢٠٥ من القانون المدنى المصرى ·

١٥ ـ ثانيا : الالتزام بعمل : **Obligation de faire**

قد يلتزم المدين بالقيام بعمل ، والمقصود هنا العمل الايجابى · مثل ذلك التزامه بالتسليم وبالمحافظة على الشيء · وكل منهما يتفرع عن الالتزام بنقل الحق العينى (م· ٢٨٦ مدنى كويتى) · وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨٨ من القانون المدنى الكويتى على أنه « فى الالتزام بعمل ، اذا لم يقم بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا » (م· ١/٢٠٩ مدنى مصرى) ·

والمعنى الواضح لذلك ، أنه اذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بالقيام بعمل ، فان الدائن يمكنه أن يلجأ الى اجباره على التنفيذ العينى ، ووسيلته فى ذلك هى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين · ولكن ذلك يفترض بالضرورة أن يكون التنفيذ بهذه الوسيلة ممكنا على حد تعبير النص السابق · والامكان يعنى فى نظرنا الا يكون العمل الذى التزم المدين بالقيام به أصلا وامتنع عنه يستوجب تدخل المدين شخصيا فى القيام به · أى يكون من الأعمال التى يمكن أن يقوم بها شخص آخر غير المدين · اذ فى هذه الحالة فقط يكون للتنفيذ العينى بالوسيلة السابقة ممكنا حيث يمكن أن يقوم الدائن بالتنفيذ على نفقة المدين · وعلى ذلك فاذا كان القيام بالعمل يتطلب تدخلا شخصيا من المدين فى القيام به فان التنفيذ العينى بالوسيلة المذكورة يكون غير ممكن وليس أمام الدائن سوى اللجوء الى التنفيذ الجبرى بوسيلة غير مباشرة تتمثل فى الغرامة التهديدية على ما سنرى فيما بعد ·

واذا كان التنفيذ ممكنا على المعنى المتقدم للامكان ، فانه يتعين على الدائن وهو بسبيل اللجوء اليه أن يحصل على ترخيص من القاضى · ولكن يجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون هذا الترخيص (م ٢٨٨٠/ مدنى كويتى ـ م· ٢/٢٠٩ مدنى مصرى) ·

١٦ ـ وتطبيقا لكل ما تقدم :

(أ) فانه اذا التزم مقاول باقامة بناء ولم يف بما التزم به كان للدائن أن يلجأ الى اجباره على التنفيذ العينى وذلك بقيامه بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين ، ما دام تنفيذ الالتزام لا يستوجب تدخل المدين شخصيا . ويكون ذلك بأن يعهد الدائن باقامة المبانى الى مقاول آخر ويتحمل المدين النفقات ولو كانت أكبر . كل ذلك يستلزم حصول الدائن على ترخيص مسبق من القضاء .

(ب) أما اذا التزم المدين بالقيام بعمل يستوجب تدخله شخصيا لما جاز التنفيذ العينى بالوسيلة السابقة ، وليس أمام الدائن الا طريق الغرامة التهديدية كما لو كان محل الالتزام بالعمل تسليم شئ لا يعلم مكانه الا المدين بالتسليم .

(جـ) ويلاحظ أن الدائن فى قيامه بالتنفيذ على نفقة المدين يمكن ان يتحرر من وجوب الحصول مسبقا على ترخيص من القضاء فى حالة الاستعجال . كما لو أخل المؤجر بالتزامه باجراء الاصلاحات والترميمات الضرورية . جاز للمستأجر أن يقوم بهذه الاصلاحات بنفسه ودون ترخيص من القضاء اذا كان هناك استعجال بحيث لا تحتمل الابطاء .

ويلاحظ أنه فى بعض حالات الالتزام بالقيام بعمل قد تسمح طبيعة الالتزام بأن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ . وقد تناول المشرع المدنى الكويتى هذه الصورة من صور التنفيذ العينى فى المادة ٢٨٩ اذ قال : « يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام »[٢٠] . كما لو امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بالتصديق على امضائه فى عقد البيع امام الموثق تمهيدا للتسجيل . فلا يكون أمام الدائن الا اللجوء الى المحكمة واقامة دعوى صحة التعاقد على البائع . ومتى أصدر القاضى حكمه بصحة التعاقد كان الحكم كافيا لنقل الملكية بعد تسجيله ومن ثم يستغنى عن توقيع البائع .

---

(٢٠) يطابق نص المادة ٢١٠ من القانون المدنى المصرى . ويطابق النص الكويتى ونص القانون المدنى المصرى الحالى فى مصر ، نص المادة ٢٢٥ من مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية ونصها كالآتى : « يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » .

١٧ ـ ثالثا : الالتزام بالامتناع عن عمـل : Obiligation de ne pas faire

ويطلق عليه العمل السلبى ، ويقصـد به الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل كان من حـق المدين أن يقـوم به لولا وجـود الالتزام • فاذا كان التزام المدين من هـذه الطبيعة وأخـل به لانه قام بالعمل الممنوع عليه أن يقـوم به حيث فحـوى التزامه بالامتناع ، جاز للدائن أن يطلب ازالة ما وقـع مخالفـا للالتزام ، وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقـوم بهـذه الازالة على نفقـة المدين مـع عـدم الاخلال بحقـه فى التعويض » (م• ٢٩١ مدنى كويتى ـ م• ٢١٢ مدنى مصرى) •

وتطبيقا لذلك ، فانه اذا التزم شخص قبـل آخر بعـدم فتح محـل تجارى من نوع معين فى مكان معين وهـو ما يطلق عليـه الالتزام بالامتناع عن المنافسة وهـو صـورة للالتزام بالامتناع عن عمـل ، جاز للدائن اذا أخـل المـدين بالتزامه أن يطلب من المحكمة الحكم بالازالة وتتمثل اما فى غلق المحـل أو فى هـدم البناء الذى أقيم على خـلاف الالتزام ، وللدائن أيضا أن يطلب ترخيصا من القضـاء فى أن يقـوم بهـذه الازالة على نفقة المدين مـع عـدم الاخلال بحقه فى التعـويض • ويلاحظ ان المقصود بالازالة هنـا مجرد الازالة المـادية اذا كانت ممكنة بطبيعة الحال • ونود أن ننبه فى هـذا الصـدد الى أن حصول الدائن على ترخيص من القضاء وهـو بسبيل القيام بالازالة على نفقة المدين هـو أمر ضرورى ولو كان هناك استعجال • بخـلاف ما اذا كان الدائن ينفـذ التزام المدين بالقيام بعمل وعلى نفقته • وعلة اختلاف الحكم أنه فى حالة الاخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل لا يمكن ازالة المخالفة غالبا الا بالالتجاء الى شىء من العنف ولذلك كان تطلب ترخيص القضاء لازما فى جميع الحالات[٢١] وقـد يحـدث أن يكون الحكم بالازالة ـ على الوجـه المتقـدم ـ غير كاف لتعـويض ما لحـق الدائن من ضرر ، وفى هـذه الحالة ليس ثمـة ما يمنع من ان يضاف اليه تعويض نقـدى • فلو احـدث الجار بجاره ضررا فاحشا باقامة حائط يسد عليه منافـذ النـور والهواء ، فانه يجـوز للدائن ان يطلب ـ اضافة الى الازالة كتعـويض عينى ـ تعـويضا نقـديا • اذ قـد تبـدو الازالة غير كافية والغالب ان الجـار يلحقـه ضرر من قيـام الحـائط المـدة التى كان فيها قائمـا[٢٢] •

---

(٢١) راجـع ، السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، ص ١٩٨ ، رقم ٤٠ ـ محمد لبيب شنب ، المرجـع السابق ، رقم ٢١٥ ، ص ٢٠٠ •

(٢٢) ويلاحظ انه ولئن تضمن التقنين المدنى المصرى احكاما تخص مضار الجـوار غير المـالوفه فى المـادة ٨٠٧ منه ، فان المشرع المدنى الكويتى قـد حرص فى التقنين الجـديد هناك على تجنب ذلك اكتفـاء بالنص العام على عـدم جـواز التعسف فى استعمال الحق فى المـادة ٣٠ منـــه •

١٨ – مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المـالية فى مصر والتنفيذ العينى المباشر :

أولا : تناول المشروع كيفية التنفيذ العينى المباشر للالتزام فى عـدة صور تختلف تبعـا لمحـل هـذا الالتزام ٠

فنجـد المشروع يتكلم عن التنفيذ العينى للالتزام بنقـل حـق عينى على شىء معين بالذات فى المـادة ٢١٨ ونصها كالآتى : « الالتزام بنقـل ملكية أو أى حـق عينى آخر ينقـل من تلقـاء نفسه هـذا الحـق اذا كان محـل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخـلال بالقواعـد المتعلقـة بالتسـجيل » ٠

والنص يطـابق المـادة ٢٠٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، وكلاهما ليس له مقابل فى القانون المدنى الكويتى فقـد اشرنا من قبل الى أن المشرع المدنى الكويتى قـد استبعد من نصـوصه صـورة التنفيذ العينى المباشر للالتزام بنقـل حـق عينى على شىء معين بالذات ٠ وعـلة الاستبعاد تتمثل ـ على ما ذكرنا من قبل ـ فى انه لا يوجـد فى الفرض الذى تناوله نص المـادة ٢١٨ من المشروع ونص المـادة ٢٠٤ من القانون المدنى المصرى الحالى أى التزام فى حقيقة الأمر وانمـا ينتقل الحـق بقـوة القانون كأثر مباشر للسبب الذى من شـأنه أن ينقـل الحـق ٠

ثانيا : اضافة الى الصورة السابقة ، تناول المشروع صـورة أخرى للتنفيذ العينى المباشر وتتعلق بالالتزام بنقـل حـق عينى على شىء معين بالنوع ٠ وضمنها المـادة ٢١٩ ونصها كالآتى :

١ ـ اذا ورد التزام بنقـل حـق عينى على شىء لم يعين الا بنوعـه ، فلا ينتقـل الحـق الا بافراز هـذا الشىء ٠

٢ ـ فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن ان يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين بعـد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجـوز له أن يطالب بقيمة الشىء ، من غير اخـلال فى الحالتين بحقـه فى التعـويض » ٠

ونص هـذه المـادة من المشروع يطـابق المـادتين : ٢٠٥ من القـانون المدنى المصرى الحالى ، المـادة ٢٨٥ من القانون المدنى الكويتى ٠

وقـد عرضنا لدراسة النصين فيما سبق ٠

ثالثا : وقــد عرض المشروع ايضا ، وفى نطــاق صــورة ثالثة للتنفيذ العينى المباشر للالتزام بالقيام بعمل فى المــادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ · والمــادة الأولى يجرى نصها على النحو التالى :

« فى الالتزام بعمل اذا نص الاتفاق او استوجبت طبيعة الدين أن ينفــذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » ·

وهــذا النص المقترح من المشروع يطــابق المــادة ٢٠٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ويطابق : ايضــا – مــع اختلاف فى الألفاظ – نص الفقرة الثالثة من المــادة ٣٩١ من القانون المدنى الكويتى ونصها كالآتى :

« وفى جميع الأحــوال فانه يجــوز للدائن ان يرفض الوفاء من غير المدين اذا نص الاتفــاق او استلزمت طبيعة الالتزام أن ينفــذه المدين بنفسه »[٢٣] ·

أما المــادة ٢٢٢ من المشروع فنصها كالآتى :

١ – « فى الالتزام بعمل ، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقــة المدين اذا كان هــذا التنفيذ ممكنــا ·

٢ – ويجــوز فى حالة الاستعجال أن ينفــذ الدائن الالتزام على نفقــة المدين دون ترخيص من القضــاء » ·

وهــذا النص يطابق المــادة ٢٠٩ من القانون المدنى المصرى الحالى · كما يطــابق المــادة ٢٨٨ من القانون المدنى الكويتى وقــد عرضنا للنصين الأخيرين من قبــل ·

رابعا : اضافة الى ما تقــدم ، تنــاول المشروع الصــورة الرابعــة للتنفيذ العينى المباشر فى المــادة ٢٢٤ بخصوص الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل ونصها كالآتى :

---

(٢٣) ويلاحظ ان المشرع المدنى الكويتى قد أورد النص المذكور بالمتن (م· ٣٩١/) فى الفصل الأول (الوفاء) من الباب الخامس (انقضاء الالتزام) · ونود أن يبرز هنا أنه لم يرد فى التعليق على نص المــادة ٢٢١ من المشروع المصرى ما يشير الى النص الكويتى (م· ٣/٣٩١) المقابل او المطابق ·

« اذا التزم المـدين بالامتناع عن عمـل وأخـل بهـذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب ازالة ماوقـع مخالفـا للالتزام ٠ وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقـوم بهـذه الازالة على نفقـة المدين » ٠

والنص يطـابق المـادة ٢١٢ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطـابق المـادة ٢٩١ من القانون المدنى الكويتى وقـد عرضنا للنصين الأخيرين من قبـــــل ٠

الفرع الثانى

التنفيذ العينى غير المباشر

١٩ ـ وسـائل التنفيذ العينى غير المباشر :

ذكرنا أن التنفيذ العينى الجبرى يتخـذ ـ فيما يتعلق بكيفية وقـوعه ـ صـورة من اثنتين : فاما أن يكون مباشرا وقـد عرضنا لذلك وأما أن يتم بوسائل غير مباشرة . اذ قـد يتضمن لجـوء الدائن الى التنفيذ العينى المباشر مساسا بحرية المدين الشخصية وهـذا غير جائز . ويحـدث ذلك على وجـه الخصوص اذا كان التنفيذ العينى للالتزام غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه . ولا مناص فى هـذه الحالة من لجـوء الدائن الى وسـائل غير مباشرة وصـولا الى اجبار المدين على التنفيذ العينى . فاذا لم تفـلح لا يكون امام الدائن الا التنفيذ بطريق التعـويض . وهـذه الوسـائل غير المباشرة قوامها تهـديد المدين بأذى فى جسمه أو ذمته المـالية . وعلى ذلك فان ثمـة وسيلتين للتنفيذ العينى غير المباشر . الأولى وتتمثل فى الاكراه البدنى أما الثانية فهى الغرامة التهـديدية . ونعرض لهما تبـاعا .

اولا : الاكراه البـدنى (حبس المدين)

٢٠ ـ تعـــريف :

يتمثل الاكراه البـدنى فى حبس المدين لاجباره على تنفيذ التزامه عينا .

وقـد كان معروفا فى القانون الرومانى ، اذ كان للدائن حبس مدينه أو استرقاقه وحتى قتـله(٢٤) .

٢١ ـ حبس المدين فى الفقـه الاسلامى :

السائد فى الفقه الاسلامى جـواز حبس المدين اذا امتنع عن الوفاء . فقـد جاء فى قواعـد الأحكام فى مصالح الأنام « الحبس وهـو مفسدة فى حـق المحبوس

MAZEAUD (H. L. J.) : « Lecons de droit civil » : t. 2, 5éd, Paris, 1973, p. 916, n. 938.

لكنه جائز لمصالح ترجح على مفسدته وهى أنواع ٠٠٠٠٠٠ منها : حبس المتنع من دفع الحق الى مستحقه الجاء اليه وحملا عليه »(٢٥) ٠

وجاء فى المغنى أن « من وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس الى أن يأتى ببينة تشهد عسرته »(٢٦) ولعل فى وضوح حكم المادة ١٥٠٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ما يؤكد هذا ونصها كالآتى : « اذا مطل المدين رب الدين فشكاه أمره الحاكم بوفائه فان أبى حبسه وتجب تخليته اذا بان اعساره » ٠

ويعتبر حبس المدين اذا امتنع عن الوفاء تطبيقا لقاعدة « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » وقد تضمنتها المادة ٢٧ من مجلة الأحكام العدلية ولها أكثر من تطبيق فى هذا المجال(٢٧) ٠

٣٢ ـ حبس المدين يفترض يساره :

يلاحظ أن حبس المدين يفترض ثبوت يساره ويكون ذلك « اذا امتنع عن أداء درهم واحد مع القدرة على أدائه »(٢٨) ومفهوم ذلك أنه « ان ثبت عسره فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره »(٢٩) ٠

---

(٢٥) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، للامام المحدث الفقيه سلطان العلماء أبى محمد عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام السلمى . دار الكتب العلمية ، بيروت الجزء الاول . ص ١٠٠ ٠

ويقول ابن عابدين ، أن الحبس مشروع لقوله تعالى (او ينفوا من الأرض) ٠ والنفى يراد به الحبس ٠ (بتصرف) ٠ راجع حاشية رد المختار ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس . ص ٣٧٦ ٠ ويقول فى ص ٣٧٩ : « واذا ثبت الحق للمدعى ببينة عجل حبسه بطلب المدعى لظهور المطل بانكاره والا يثبت ببينة بل باقرار لم يعجل حبسه بل يامره بالأداء » ٠

(٢٦) المغنى ، للشيخ الامام العلامة موفق الدين ابى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامه على مختصر الخرقى ، دار الكتاب العربى . بيروت ، طبعة جديدة بالأوفست ، ١٣٩٢ هـ ـ ١٩٧٢ م . الجزء الرابع ، ص ٥٠٢ ٠

(٢٧) ومن فروع القاعدة الواردة بالمتن الاجبار على قضاء الدين والنفقات الواجبة : ومن فروعها ايضا حبس الأب اذا امتنع عن الانفاق على ولده الصغير ٠

انظر ، سليم رستم باز ، شرح المجلة ، الطبعة الثالثة ، الاستانه ، ١٣٠٥ هـ ، ص ٣١ ٠ راجع ايضا : الأشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤٠٠٢ هـ ـ ١٩٨٠ م ، ص ٨٨ ٠

(٢٨) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام . مشار اليه فيما سبق ، الموقع السابق ٠

(٢٩) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام . مشار اليه فيما سبق . ج ١ ، ص ١٠٢ ٠

ونورد فيما يلى جانبا ممـا قاله فقهاء الشريعة فى هـذا الصـدد ٠

يقـول صاحب المغنى : « أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم فان كان بيـده مال ظاهر أمره بالقضاء ٠٠٠٠٠٠ وان لم يجـد له مالا ظاهرا فادعى الاعسار فصـدقه غريمـه لم يحبس ٠٠٠٠٠٠ ولأن الحبس اما أن يكون لاثبات عسرته أو لقضـاء دينـه وعسرته ثابتـة والقضاء متعـذر فلا فائدة فى الحبس ، وان كذبه غريمه فلا يخلو اما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف فان عرف له مال ٠٠٠٠٠٠ أو عرف له أصـل مال ٠٠٠٠٠٠ فالقـول قول غريمه مع يمينه فاذا حلف انه ذو مال حبس حتى تشهد البينة باعساره »[٣٠] ٠

وقـد اوجز صاحب كشاف القنـاع هـذا بقـوله « فان أبى من له مال يفى بدينه الحال الوفاء ، حبسه الحاكم »[٣١] ٠

ويقـول ابن جزى فى قـوانين الأحكام الشرعية : « سجن الغريم على ثلاثة أنواع : الأول : سجن من ادعى العدم وجهلت حالته فيسجن حتى يثبت عـدمه أو يعطى ضامنا بوجهه ٠ الثانى : سجن من اتهم انه أخفى مالا وغيبه فانه يسجن حتى يؤدى أو يثبت عـدمه الى أن يعطى ضامنا ٠ الثالث : يسجن من أخـذ اموال الناس وتقعـد عليها وادعى العـدم فتبين كذبه فانه يحبس أبدا حتى يؤدى اموال الناس أو يموت فى السجن ٠ وقال سحنون يضرب المرة بعـد المرة حتى يؤدى أموال الناس ولا ينجيه من ذلك الا الضمان بالمـال »[٣٢] ٠

---

(٣٠) المغنى ، لابن قـدامه ، مشار اليه فيما سبق ، الجزء الرابع ، ص ٥٠٢ ـ ٥٠٣ ـ راجـع ايضا ص ٤٨٨ ٠

(٣١) كشاف القناع عن متن الاقناع ، للشيخ العلامة فقيه الحنابلة منصور بن يونس بن ادريس البهـوتى ، الجزء الثـالث ، راجعـه وعلق عليـه الشـيخ هـلال مصيلحى مصطفى هـلال ، الناشر مكتبة النصر الحـديثة بالرياض ، ص ٤١٩ ٠ راجع ايضا : ص ٤٢٠ ـ ٤٢١ ٠

(٣٢) قـوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبـل ، ص ٣٤٦ راجـع من التطبيقات فى المملكة العربية السعودية فى هـذا الخصوص واشتراط اليسار لحبس المدين : تعميم سماحـة رئيس القضـاه رقم ٢٨٦ وتاريخ ١٣٧٩/٥/٢٣ : « ١ ـ المـدين اذا ثبت عسره ولم يقـدر على وفاء شىء من دينـه لم يطالب بالتسديد وحرم سجنه وملازمته ولا يلزم باقامة كفيل عليه ٠٠٠ » والتعميم منشور بمجموعة الأنظمة واللوائح والتعليمات التى تصـدرها وزارة العـدل بالملكة ٠ الطبعة الأولى ، ١٣٩٦ ، فهرس التعاميم الصادرة بتوقيع سماحة رئيس القضاة والموجـودة بادارة الوثائق والبحـوث ، ص ١١٧ عن المجموعة ٠

وتطبيقا لذلك نصت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى مصر على أنه « اذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات او فى أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وامرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولا يجوز ان تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما ٠ اما اذا نفذ المحكوم عليه ما حكم عليه به أو احضر كفيلا فانه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » ٠

والمعنى الواضح لذلك أنه يشترط لحبس المدين وصولا الى اجباره على التنفيذ العينى لالتزامه بالنفقه أن يمتنع عن التنفيذ والوفاء على الرغم من قدرته ٠ وما ينبغى أن يلاحظ فى هذا المقام أن الحبس لا يبرىء ذمة المدين ولا يعفيه من الوفاء ٠

٢٣ ـ حبس المدين فى قانون المرافعات الكويتى الجديد :

استحدث قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد فى دولة الكويت ، عدة قواعد فى للباب الرابع من الكتاب الثالث منه ضمنها معالم وشروط محددة لحبس المدين فى الدين ، وذلك فى المادتين ٢٩٢ ، ٢٩٤ ٠

ففيما يتعلق بالحق المطالب به :

اوجبت تلك القواعد أن يكون هذا الحق ثابتا بمقتضى حكم نهائى او أمر أداء نهائى ٠

وفيما يتعلق بالمدين المطلوب الحكم بحبسه :

يتعين من جهة ان يكون هذا المدين قد امتنع عن أداء تنفيذ الحكم او الأمر رغم قدرته على الوفاء بحيث لا يجوز الأمر بحبسه اذا لم يكن قادرا على الوفاء ولو كان الدائن قد حصل ضده على حكم نهائى او أمر أداء قدرة المدين على الوفاء ٠ بل يجب فوق ذلك أن تكون قدرته تلك مستندة الى اموال مما يجوز الحجز عليها ٠ ويتعين من جهة أخرى الا يكون المدين قد جاوز فى عمره الخامسة والستين ٠ ويمتنع الأمر بحبس المدين اذا كان له أولاد لم يبلغوا الخامسة عشر عاما وكان زوجه متوفى أو محبوسا لأى سبب ٠

ويجب من جهة رابعة الا يكون المطلوب حبسه زوجا للدائن أو من أصوله او فروعه ما لم يكن الدين نفقة مقررة ٠ ويتعين من جهة خامسة ألا يكون المدين قد سبق أن صدر أمر بحبسه عن ذات الدين وأوفى مدة الحبس ٠

وبخصوص مدة الحبس :

اشترطت المادة ٢٩٢ الا تزيد على ستة اشهر · وقد تناول المشرع في المادة ٢٩٦ مسقطات الأمر بالحبس وهي كما يلي :

(أ) موافقة الدائن كتابة على اسقاط الأمر ·

(ب) انقضاء التزام المدين الذي صدر الأمر لاقتضائه ·

(جـ) اذا تخلف شرط من شروط الأمر أو تحقق مانع من موانع اصداره ·

ثانيا : الغرامة التهديدية

LES ASTREINTES

٢٤ ـ تعريف :

ذكرنا أن وسائل التنفيذ العيني غير المباشر تنبني على تهديد المدين بأذى في جسمه أو في ماله · وعن الأذى في المال ، فانه يكون بتهديد المدين بدفع مبلغ نقدي اذا لم ينفذ التزامه وهو ما يطلق عليه الغرامة التهديدية ·

والغرامة التهديدية على هذا النحو عبارة عن مبلغ نقدي يحكم القاضي على المدين بأدائه عن كل فترة زمنية أو اسبوع أو شهر أو أي فترة معينة من الزمن يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه عينا بعد الأجل الذي حدده الحكم لهذا التنفيذ[٣٢] ·

وبمقارنة الحكم بالغرامة التهديدية مع الحبس يلوح أمامنا اتفاق بينهما يجسده انهما من وسائل التنفيذ العيني الجبري غير المباشر · ومع ذلك تختلف هذه الغرامة في انها تصيب مال المدين على حين نجد الحبس يصيب جسمه لذا فانه استثناء ونادر قانونا وعملا ·

---

(٣٢) راجع عبد المنعم فرج الصده ، احكام الالتزام ، ١٩٥٥ الجزء الأول ، رقم ٢١ ص ٢٨ ـ ٢٩ · محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢١٨ ، ص ٢٠٢ ·

٢٥ ـ شروط الحكم بالغرامة التهـديدية :

فى ضــوء المــادة ٢٩٢ من القانون المدنى الكويتى[٣٤] ٠

يمكننا القول بأن الحكم بالغرامة التهديدية يستلزم توافر الشروط الآتية :

٢٦ ـ الشرط الأول : ان يوجـد التزام يمكن تنفيذه عينا :

وهـذا الشرط تقتضيه طبيعة الحكم بالغرامة التهـديدية ٠ اذ لا يمكن اللجـوء اليها ولا يوجـد التزام ٠ وبناء على ذلك لا يجـوز أن تستخدم لاجبار خصم فى دعـوى على الحضـور امام المحكمة لانه لا يوجـد على عاتقـه التزام بهـذا المعنى[٣٥] ٠

الا ان وجـود الالتزام لا يكفى فى ذاته للحكم بالغرامة التهـديدية بل يجب فـوق ذلك ان يكون تنفيذه عينا امرا ممكنا ٠

وعلى ذلك ، فانه اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عينا ، سـواء كانت الاستحالة بفعل المدين او بسبب اجنبى فانه لا يجـوز للدائن اللجـوء الى الحكم بهـذه الغرامة ٠ وهـذا منطقى ٠ اذ فى لجـوء الدائن اليه ما يقطـع برغبته فى الوصـول الى تنفيذ الالتزام وهى رغبـة لا يستجيب لهـا كـون التنفيذ العينى اصـبح مستحيلا ٠ ولا يغيب عن البال ـ بطبيعة الحال ـ أن الفرض امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام رغم امكان تنفيذه عينا ٠ اذ هـو سبب لجـوء الدائن الى الغرامة التهـديدية ٠

---

(٣٤) والمـادة ٢٩٢ مدنى كويتى نصها كالآتى :

« ١ ـ اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن ان يطلب الحكم بالزام المدين بهـذا التنفيذ وبدفـع غرامة تهـديدية ان امتنع عن ذلك ٠

٢ ـ واذا رات المحكمة أن مقـدار الغرامة المحكوم بها غير كاف لحمل المدين على التنفيذ ، جاز لهـا ان تزيد فى الغرامة كلما رات داعيا للزيادة ٠

٣ ـ اذا تم التنفيذ العينى ، او اصر المدين على عـدم التنفيذ ، حـددت المحكمة مقـدار التعـويض الذى يلزم به المدين عن عـدم التنفيذ او التاخير فيه مراعية فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدأ من المدين » ٠

والنص بفقراته الثلاث يطابق المـادتين ٢١٣ ، ٢١٤ من القانون المدنى المصرى ٠

(٣٥) MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 672, p. 694.

٢٧ ـ الشرط الثانى : أن يكون التنفيذ العينى للالتزام غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين :

٢٥ ـ لا يكفى لاستخدام الحكم بالغرامة التهديدية أن يوجد التزام يمكن تنفيذه عينا ، بل يشترط اضافة الى ذلك أن يكون التنفيذ العينى لهذا الالتزام غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه • وتفسير ذلك أنه اذا كان التنفيذ العينى للالتزام ممكنا دون تدخل المدين شخصيا كما يحدث فى حالة تنفيذ الدائن الالتزام عينا على نفقة المدين على نحو ما ذكرت من قبل ، فليس من شك فى أن ذلك أسرع وأكثر جدوى للدائن الأمر الذى ينتفى معه أى مبرر لاستخدام الحكم بالغرامة التهديدية •

ومن هنا يمكننا القول • بأن أهمية هذا الشرط لا تكمن فقط فى أنه يجيز بتوافره ـ الى جانب الشروط الأخرى ـ اللجوء الى الحكم بالغرامة التهديدية وصولا الى التنفيذ العينى الجبرى بل ان اهميته تظهر ايضا اذا ادركنا انه يحدد فى الواقع النطاق العملى لاستخدام هذه الغرامة كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى • اذ الحكم بها لا يوصل الى اى تنفيذ لأى التزام ولكن الى تنفيذ عينى لالتزام ثبت عدم امكان تنفيذه كذلك الا بتدخل المدين نفسه • أو على الاقل ثبت أن تنفيذه عينا دون تدخل المدين يكون غير ملائم • وبعبارة أخرى فان مؤدى هذا الشرط حيث قيمته الحقيقية أن الغرامة التهديدية باعتبارها وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على التنفيذ العينى يلجأ اليها اذا كان التنفيذ العينى يقتضى أن يقوم به المدين شخصيا أما لأنه غير ممكن أو لأنه غير ملائم الا اذا قام به نفسه •

وعلى سبيل المثال ، فان التنفيذ العينى للالتزام يكون غير ممكن الا بتدخل المدين شخصيا اذا كان محل هذا الالتزام تسليم شىء لا يعلم مكانه الا هذا المدين• كما لو التزم مغن بالغناء فى حفل •

ويلاحظ أن عدم ملاءمة التنفيذ العينى الا اذا قام به المدين نفسه انما تفتح الباب أمام استخدام الغرامة التهديدية ولو كان هذ التنفيذ العينى ممكنا دون تدخل المدين • اذ يتصور أن يكون التنفيذ العينى ممكنا دون تدخل المدين شخصيا ومع ذلك يكون غير ملائم • وعلى نحو المثال السابق يمكن أن يقوم بالغناء مطرب آخر وان كان ذلك غير ملائم •

اذا ما توافر الشرطان كان للدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية • فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها دون طلب الدائن وهو ما رجحه العلامه السنهورى • ويرى أن للمحكمة سلطة تقديرية فى أن تجيب

للدائن الى طلبـه أولا تجيبه اليه · فالحكم بالغرامة – على فرض توافر شروطها – مسألة موضوعية ، وان كان بحث توافر الشروط مسألة قانونية(٣٦) ·

٢٨ – طبيعة الحكم بالغرامة التهـديدية :

رأينا أن الحكم بالغرامة التهـديدية وسيلة غير مباشرة لاجبار المـدين على التنفيذ العينى · وفى حالة صـدور الحكم بها فأما أن يمتثل المدين ويقوم بتنفيذ الالتزام عينا ويكون الحكم بالغرامة قـد حقق الهـدف منه وأما أن يمتنع المدين عن التنفيذ العينى ويستمر فى عنته · وفى هـذا الفرض الثانى ليس امام الدائن – حيال أصرار المـدين – الا طلب التنفيذ بمقابل اى بطريق التعـويض · ومن ثم فان الحكم بالغرامة يصبح عـديم الفائدة والجـدوى · لأن الدائن لا يستطيع أن ينفـذه باعتباره حكما فى ذاته ·

وفى ضـوء ذلك ، يمكننا القـول اجمالا – تحـديدا لطبيعة الحكم بالغرامة التهـديدية – أنه مجرد وسيلة تهـديدية ومؤقتة ولا يمكن تنفيذه باعتباره حكما فى ذاته · ونفصل ما اجملنا :

٢٩ – ١ – ان الحكم بالغرامة وسـيلة تهـديدية : Comminatoire

٢٧ – ومؤدى ذلك أن الغرض من هـذا الحكم لا يتجاوز ارهاب المـدين لحمله على التنفيذ العينى · ولذا فان تقـدير مبلغ الغرامة يكـون تحكميـا arbitraire لا يراعى القاضى فيه ما أصاب الدائن من ضرر من جراء عـدم التنفيذ وانمـا يأخـذ فى اعتباره المركز المـالى للمدين ومدى تعنته(٣٧) · وفى هـذا الصـدد يمكن القـول بأن الغرامة التهـديدية تختلف عن التعـويض · فالغرض من التعـويض هـو اصـلاح الضرر أما الغرامة فترمى الى التهـديد · كذلك فانه بخصـوص كيفية حساب المبلغ المحكوم به يختلف أساس هـذا الحساب فيهما · ففى التعـويض يراعى القاضى فى الحكم به ما لحـق الدائن من خسـارة وما فاته من كسب وهـذا يختلف عمايراعيه القاضى فى حـكم الغرامة كمـا رأينـا ·

---

(٣٦) راجـع · السنهورى · الوسيط ، جـ ٢ ، مشار اليـه من قبـل ، ص ٨١٢ ، رقم ٤٥١ – وقـد عرض لراى آخر للمرحـوم الدكتور اسماعيل غانم ومؤداه انه ليس ثمة ما يمنع من ان تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهـديدية اذا وجـدت أن شروطها متوافره ·

MARTY et RAYNAUD : op. cit., p. 697, n. 674.

٣٠ ـ ٢ ـ أن الحكم بالغرامة التهـديدية حكم مؤقت : Provisoire

٢٨ ـ ما دام الهـدف من الحكم بالغرامة ارهاب المـدين لحمله على التنفيذ ، فان مصير هذا الحكم الى التصفية النهائيه هـو أمر حتمى(٣٧) وهـذا مراد التأقيت • ومؤدى ذلك أن الحكم بالغرامة التهـديدية ينقضى متى اتخـذ المـدين موقفا نهائيا أما بالتنفيذ أو الاصرار على عـدم التنفيذ فيعيد القاضى النظر فى حكمه ليفصل فى الموضوع • فان كان المدين قـد نفـذ فالقاضى لا يحكم عليـه الا بتعـويض عن التأخير فى التنفيذ ، واذا أصر المـدين على عـدم التنفيذ فيحكم القاضى بالتعـويض عن عـدم التنفيذ ويراعى القاضى فى الحالتين ما لحق الدائن من ضرر كما يراعى ما يكون قـد بدا من المـدين من عنت(٣٨) ، (م • ٣/٢٩٢ مدنى كويتى ـ ـ م• ٢١٤ مدنى مصرى) •

٣١ ـ ٣ ـ أن الحكم بالغرامة التهـديدية غير قابل للتنفيذ باعتباره حكمـا فى ذاته :

٢٩ ـ لـا كان الحـكم بالغرامة التهـديدية حكمـا مؤقتـا وتبعـا لذلك يوجب على الدائن الانتظار حتى يتضح الموقف النهائى للمـدين على نحـو ما ذكرنا ، فان الدائن المحكوم له لا يستطيع تنفيذ حكم الغرامة فى ذاته ضـد هـذا المـدين مطالبا بارغامه على الوفاء بمبلغ الغرامة ، فلا يجـوز للدائن مثلا أن يوقـع حجزا على أموال المـدين ليصـل بذلك الى بيعها بالمزاد العلنى لاستيفاء قيمة الغرامة ـ كحـق له ـ من الثمن الناتج •

٣٢ ـ مشروع تقنين احكام الشريعة الاسـلامية فى المعـاملات المـالية فى مصر والتنفيذ العينى غير المباشر :

لم يعرض المشروع للوسيلة الأولى من وسائل التنفيذ العينى غير المباشر وهى حبس المـدين • ويتفق فى ذلك مـع القانون المـدنى المصرى الحالى وكذا القانون المدنى الـكويتى • مـع ملاحظة ما جاء به قانون المرافعـات الـكويتى الجـديد من أحكام بشـأن حبس المدين ، وقـد أشرنا اليها فى حينه •

---

(٣٧) MARTY et RAYNAUD : op, cit., p. 700, n. 679.

(٣٨) MAZEAUD (H. L. J.) : «lecons de droit civil» t. 1, Paris 1972, p. 388, n. 359.

اما بالنسبة للوسيلة الثانية ، اعنى التهديد المالى ، فقد تناولها المشروع فى المادة ٢٢٦ ونصها كالآتى :

« ١ ـ اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك ٠

٢ ـ واذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة ٠

٣ ـ واذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعيا فى ذلك الضرر الذى اصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » ٠

والنص يطابق المادتين ٢١٣ ، ٢١٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما يطابق المادة ٢٩٢ من القانون المدنى الكويتى وقد عرضنا لها ٠

المبحث الثانى

الالتزام الطبيعى

L' obligation naturelle

٣٣ ـ تعريف :

ألمحنا من قبل ان الالتزام يتحلل الى عنصرين هما المديونية والمسئولية • ومقتضى المديونية أن ثمة واجبا قانونيا على المدين بالوفاء • أما المسئولية فانها تتحرك فى حالة عدم قيام المدين بالوفاء مختارا وتمكن الدائن من اجباره على ذلك • والاصل كما ذكرنا هو الوفاء أى التنفيذ الاختيارى • والاصل ايضا ان الالتزام يتضمن العنصرين معا ويطلق عليه الالتزام المدنى • لكن يتصور تخلف عنصر المسئولية دون المديونية وفى هذه الحالة يكون الالتزام طبيعيا •

وعلى هذا النحو ، فان الالتزام الطبيعى هو التزام قوامه عنصر المديونية ويتخلف فيه عنصر المسئولية • ومؤدى ذلك انه اذا كان المدين به ملتزما بالوفاء فانه لا يمكن اجباره عليه (٣٩) • وبعبارة أخرى ، فان الالتزام الطبيعى يقبل التنفيذ الاختيارى لأن ثمة واجبا قانونيا بالوفاء يتضمن عنصر المديونية الذى ينطوى عليه ولكنه لا يقبل التنفيذ الجبرى لتخلف عنصر المسئولية •

٣٤ ـ ماهية الالتزام الطبيعى وصوره :

لقد تنازع المسألة اتجاهان فى الفقه :

---

(٣٩) SAVATIER (R.) : « la théorie des obligations » 3éd, Dalloz, Paris, 1974, n. 259, p. 318.

٣٥ ـ الاتجـاه الاول : النظرية التقليدية :

لقـد نشأت هـذه النظرية بفكرها فى رحاب القانون الرومانى واعتنقها الفقـه الفرنسى فى القرن التاسـع عشر ويرى انصارها أن الالتزام الطبيعى لا يعـدو كونه التزاما مدنيا انقضى أو انحـل les auteurs de l'école class:que, Consideraient l'obligatio1 naturelle comme une obligat on civile avortée ou dégénérée.

وفى هـذا الاطار تتحدد صور الالتزام الطبيعى باثنتين · الصورة(٤٠) الاولى وفيها يتولد الالتزام الطبيعـى عن التزام مدنى نشـأ من قبل ولكن حال مانع قانونى دون ترتيب آثاره · مثال ذلك الالتزام الطبيعى الذى يتولد فى ذمة القاصر عن ابطال التزام مدنى نشـأ عن عقـد ابرمه ·· اما الصـورة الثانية ، فتضـم التزاما طبيعيا تولد عن التزام مدنى نشأ وانقضى · فالالتزام المدنى الذى ينقضى بالتقادم مثلا يخلف وراءه التزاما طبيعيا ·

ويؤخذ على هـذه النظرية انها ، وقـد حصرت صـور الالزام الطبيعى فى التزامات مدنية قامت عقبة قانونية امام نشوئها فمنعته أو امام استمرار بقائها بعد نشوئها فأزالته ، تكون قد ضيقت من نطاق فكرة هـذا الالتزام ، وهى اكثر اتساعا من ذلك·

٣٦ ـ الاتجـاه الثانى ـ النظرية الحـديثة(٤١) :

ويرى انصـارها فى الالتزام الطبيعى واجبا ادبيا أو خلقيا يعترف له القانون ببعض الاثار ·

ومعنى ذلك ان فكرة الالتزام الطبيعى يتسع نطاقها فى هـذه النظرية · اذ لا تنحصر صـورها فقط فى الحالات التى يحـول فيها مانع قانونى من نشوء التزام مدنى أو من استمرار بقائه بعد نشوئه ولكنها تشـمل ايضـا الحالات التى يرقى فيها الواجب الخلقى الى درجة تقربه من منطقة القانونى · فلو سـقط الالتزام المدنى بالتقـادم تولد عنـه التزام طبيعى فحواه قيام المدين بالوفاء اختيارا · ومبنى ذلك أن ثمـة واجبـا ادبيـا لدى المـدين يحثه على هـذا الوفـاء ·

---

(٤٠) راجـع : BOUT : op. cit., n. 22 ets.

راجـع ايضا : انور سلطان ، المرجـع السابق ، رقم ١٤٨ ، ص ١٢١ ـ ١٢٢ ـ عبد المنعم فرج الصـده ، المرجـع السابق ، رقم ٧ ، ص ٨ ·

BOUT (R.) : «obligation naturelle » rép de dr. civ., t. v. 1979, n. 16 et S.

(٤١) MAZEAUD : op. cit., p. 389, n. 361.

ومؤدى ذلك أن الالتزام الطبيعى فى مرحلة وسط بين الالتزام المدنى والواجب الادبى فلم يصل الى درجة الالتزام المدنى لانه لا يمكن اجبار المدين به على الوفاء وقد تجاوز فى نفس الوقت الواجب الأدبى ، ومظهر ذلك ان الوفاء به ليس من قبيل التبرع ، فهو يسمو على الواجب الاول ولا يرقى الى مستوى الالتزام المدنى ٠ وقد اخذ بهذا الاتجاه الفقه والقضاء الحديث وكذا التشريعات الحديثة مثل التشريع الالمانى والسويسرى ٠

٣٧ ـ حالات الالتزام الطبيعى وتطبيقاته :

اذا لم ينص المشرع على وجود الالتزام الطبيعى ، فان الامر يترك لتقدير القاضى وفقا لقيود معينة ٠ ونتكلم عن هذه الحالات ثم نتناول بعض تطبيقات الالتزام الطبيعى ٠

٣٨ ـ حالات الالتزام الطبيعى :

قد ينص الشرع على بعض صور الالتزام الطبيعى مثال ذلك ما جاء فى المادة ١/٣٨٦ مدنى مصرى اذ قالت « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » والمعنى الواضح للنص قاطع فى نشوء التزام طبيعى كأثر لانقضاء الالتزام المدنى بالتقادم(٤٢) ٠

واذا لم ينص المشرع على صورة للالتزام الطبيعى فان الامر متروك لتقدير القاضى ٠ وقد نصت على المادة ٢٨١ مدنى كويتى (م٠ ٢٠٠ مدنى مصرى) بقولها « يقدر القاضى عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الادبى التزاما طبيعيا ، مراعيا فى ذلك الوعى العام فى الجماعة ، وفى كل حال لا يجوز ان يقوم التزام طبيعى ومخالف للنظام العام » ٠

---

(٤٢) يلاحظ ان القانون المدنى الكويتى قد اخذ بالتقادم (مرور الزمن) باعتباره مانعا من سماع الدعوى بالحق ، دون ان يكون مؤديا الى سقوطه (م٠ ٤٣٨ ـ ٤٥٨) ٠ وذلك جريا على احكام الفقه الاسلامى فى هذا الشان ٠ وهو المسلك الذى اتبعه مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات فى مصر (م٠ ٣٦٤ ـ ٣٧٩) ٠ وسوف نعرض لحكم مرور الزمن بالتفصيل فيما بعد ٠ وقد نصت المادة ٣٧٧ من هذا المشروع على ما يأتى « لا ينقضى الحق بمرور الزمن ٠ فاذا اقر المدين بالحق امام القضاء اخذ باقراره ، واذا انكر المدين الحق ، فلم تسمع الدعوى ضده ، تخلف فى ذمته التزام طبيعى » ٠

ويتضح لنا من ذلك انه اذا لم ينص المشرع على وجـود التزام طبيعى ، كان للقاضى سلطة تقـدير وجـود هـذا الالتزام من عدمه • وهـو فى ذلك يخضـع لقيـدين : الأول يوجب على القاضى التأكد من وجـود واجب أدبى يرقى فى الوعى العام للجماعة الى منزلة الالتزام الطبيعى اما الثـانى فيمنع القاضى من اعتبار الواجب الادبى التزامـا طبيعيـا ما دام يخـــالف النظام العـام •

وعلى ما تقـدم فـان حـــالات الالتزام الطبيعى قد تكون تشريعية أو قضـــائية •

٣٩ ـ تطبيقات فكرة الالتزام الطبيعى :

نظرا لصـعوبة حصر هـذه التطبيقات ، نسوق بعضـا منهـا وتنتمى فى مجموعها الى فكرة الواجب الادبى الذى يرقى فى الوعى العام للجماعة الى وجـوب الوفاء به•

من ذلك واجب تعويض الغير عما أصـابه من ضرر على الرغم من عدم توافر اركان المسئولية • وواجب عـدم الاثراء على حساب الغير ولو لم تتوافر شروط الغبن وواجب مساعدة القربى الذين لا تجب نفقتهم قانونا وواجب الاعتـــراف بالجميل ومجازاة صـــاحبه • كمن يهب الطبيب مبلغـا لانه انقذ حيـاته •

٤٠ ـ آثار الالتزام الطبيعى :

بادىء ذى بدء أن الالتزام الطبيعى ينقصه عنصر المسئولية ومن ثم فلا جبر فى تنفيذه • اذ أن هـذا التنفيذ مناطـه اختبار المـدين • وفى ضـوء ذلك يمكننا أن نلخص آثار الالتزام الطبيعى فيما يلى :

أولا : أن تنفيذ المـدين للالتزام الطبيعى يعـد وفاء لدين وليس تبرعا • ومؤدى ذلك ان المدين لا يمكنه أن يسترد ما أداه على أنه وفاء لالتزام طبيعى (م• ٢٨٢ مدنى كويتى ـ م• ٢٠١ مدنى مصرى) •

ثانياً : أن الالتزام الطبيعى يصلح سببا لنشوء التزام مدنى (م• ٢٨٣ مدنى كويتى ـ م• ٢٠٢ مدنى مصرى) • وتفسير ذلك انه اذا تعهـد المـدين بالوفاء بالتزام طبيعى فان تعهـده يكون صحيحا ويقـوم الالتزام الطبيعى منه مقـام السبب • ويشترط لصحة التعهد المذكور أن يكون المـدين قـد قصـد أن يلزم نفسه بالالتزام •

خلا ما تقدم ، فلا تترتب على الالتزام الطبيعى أى آثار أخرى • فلا يمكن أن تقع مقاصة بين التزام مدنى فالمقاصة تنبنى على وفاء قهرى والوفاء بالالتزام الطبيعى لا يكون الا اختياريا لتخلف عنصر المسئولية فيه • كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى • اذ الكفالة التزام تابع وغير منطقى أن تكون اقوى من الالتزام الأصلى أى الالتزام الطبيعى وهو الالتزام المكفول(٤٣) •

٤١ ــ مشروع تقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر وفكرة الالتزام الطبيعى :

أولا : جاءت أحكام الالتزام الطبيعى فى المشروع على غرار أحكامه فى القانون المدنى المصرى الحالى والقانون المدنى الكويتى •

وقد استهل المشروع هذه الأحكام بحكم فى الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ بخصوص عدم تنفيذ الالتزام الطبيعى تنفيذا جبريا • وقد ألمحنا الى هذا الحكم من قبل واشرنا الى ما يطابقه من نصوص القانون المدنى المصرى الحالى والقانون المدنى الكويتى •

ثانيا : وقد عرض المشروع فى المادة ٢١١ لحالات الالتزام الطبيعى ونصها كالآتى :

« يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما اذا كان هناك التزام طبيعى ، وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » •

والنص يطابق المادة ٢٠٠ من القانون المدنى المصرى الحالى • كما يطابق المادة ٢٨١ من القانون المدنى الكويتى وهى مستمدة من النص المصرى الحالى مع اختلاف طفيف فى الألفاظ • وتقديرى ، أن النص الكويتى أكثر دقة ووضوحا بصياغته • وسبب الوضوح عبارة وردت به خلا منها النص المصرى الحالى ونص المشروع • فالنص الكويتى قال « يقدر القاضى ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الأدبى التزاما طبيعيا » والعبارة التى نعنيها « متى يعتبر الواجب الأدبى » • ومظهر الوضوح أن العبارة تشير الى أن النص الكويتى قد أخذ فى فكرة الالتزام الطبيعى بالنظرية الحديثة التى ترى من الالتزام الطبيعى واجبا أدبيا يعترف له القانون ببعض الآثار على ما ذكرت من قبل بصدد شرح هذه النظرية • وعلى أية حال فان نص المشروع قد قسم حالات الالتزام الطبيعى الى حالات تشريعية وأخرى قضائية • والقاضى يقدر وجود الالتزام الطبيعى عند انعدام النص ويخضع فى ذلك لقيدين هما :

القيد الأول : التأكد من وجود واجب أدبى يرقى فى الوعى العام للجماعة الى منزلة الالتزام الطبيعى •

---

(٤٣) COUT : op. cit., n. 53.

القيد الثانى : ويمنع القاضى من اعتبار الواجب الأدبى التزاما طبيعيا ما دام يخالف النظام العام وحرى بنا ان نشير الى ملاحظة بشأن القيد الأول ومؤداها : أن المشرع المدنى الكويتى قد نص على هذا القيد صراحة فى المادة ٢٨٨ من القانون المدنى هناك ، وقد سلك هذا المسلك مشروع القانون المدنى المصرى الجديد فى المادة ٢١١ سالفة الذكر ٠

ويبقى مع ذلك ان نبرز ــ وهنا تظهر اهمية الملاحظة ــ أن النص الحالى للقانون المدنى المصرى (م٠ ٢٠٠) لم ينص صراحة على هذا القيد وان نص على القيد الثانى بخصوص النظام العام ٠ وان كنا نعتقد أن عدم النص ربما يكون بالنسبة لقيد النظام العام ــ دون القيد الأول ــ لبداهته ٠

ثالثا : وعن آثار الالتزام الطبيعى ، فقد نصت المادة ٢١٢ من المشروع على أنه اذا وفى المدين باختياره التزاما طبيعيا صح وفاؤه فلا يجوز له أن يسترد ما اداه » ٠ ومعنى ذلك أن تنفيذ الالتزام الطبيعى يعد وفاء وليس تبرعا ٠ ومؤدى ذلك أن المدين لا يمكنه أن يسترد ما أداه ٠ والنص يطابق المادة ٢٠١ من القانون المدنى المصرى الحالى كما يطابق المادة ٢٨٢ من القانون المدنى الكويتى ٠ اضافة الى ذلك نصت المادة ٢١٣ من المشروع على ما يأتى « يصلح الالتزام الطبيعى سببا لالتزام مدنى » ٠

فلو تعهد المدين بالوفاء بالتزام طبيعى كان التعهد صحيحا ، ويقوم الالتزام الطبيعى منه مقام السبب ٠ ويشترط أن يكون المدين قد قصد أن يلزم نفسه بالالتزام ٠ والنص يطابق المادة ٢٠٢ من القانون المدنى المصرى الحالى كما يطابق المادة ٢٨٣ من القانون المدنى الكويتى ٠

٤٢ ــ الالتزام الطبيعى فى الفقه الاسلامى :

أن التطبيقات كثيرة وقاطعة الدلالة على أن فكرة الالتزام الطبيعى لم تعدم وجودها فى الفقه الاسلامى ٠ ونسوق على سبيل المثال لا الحصر تطبيقين : أولهما فى مجال التقادم وثانيهما فى مجال منافع الغصب وضمانهما ٠

التطبيق الأول : فى مجال التقادم : ونصت عليه المادة ١٩٥ من مرشد الحيران[٤٤] فى عجزها اذ قالت « ٠٠٠٠ لا تسمع دعوى الدين على المدين بعد مضى خمس عشرة سنة بلا عذر وان لم يسقط الحق بمرور الزمان » ٠

---

(٤٤) كتاب مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان فى المعاملات الشرعية على مذهب الامام الأعظم ابى حنيفة النعمان ٠ محمد قدرى باشا ، الطبعة الثالثة ، بالمطبعة الأميرية بمصر ، سنة ١٩٠٩ ٠

ومفهوم ذلك أنه على الرغم من عدم جواز سماع دعوى الدين على المدين بعد مضى خمس عشرة سنة ، فان الحق لا يسقط بتقادم الزمن . ومعنى ذلك ببساطة انه اذا قام المدين بالوفاء كان وفاء صحيحا بدين . وليس من شك فى أن ذلك يجسد فكرة الالتزام الطبيعى .

وقد نصت على ذلك ايضا المادة ١٦٧٥ من مجلة الأحكام العدلية بقولها « لا يسقط الحق بتقادم الزمان فاذا أقر المدعى عليه واعترف صراحة فى حضور الحاكم بأن حق المدعى عنده فى الحال على الوجه الذى يدعيه وكان قد مر الزمان على الدعوى فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه » .

وعلى ذلك ، فانه اذا اقر المدعى عليه بالحق فى ذمته رغم مرور الزمان ، فلا يعتبر مرور الزمان هذا ، ويحكم باقراره ، واذا قام بالوفاء كان وفاء صحيحا(٤٥) . وليس من شك فى أن ذلك يتضمن الفكرة التى يقوم عليها الالتزام الطبيعى .

٤٣ ـ وقد أخذ التقنين المدنى الجديد فى الكويت بأحكام الفقه الاسلامى السابقة (م. ٤٣٨ وما بعدها) فالحق لا ينقضى ولا يسقط بتقادم الزمان وانما يترتب على مرور الزمان مدة معينة منع سماع الدعوى بالحق . وعدم سماع الدعوى ليس مبنيا على بطلان الحق وانما هو مجرد منع القاضى من سماعها مع بقاء الحق لصاحبه حتى لو أقر به الخصم لزمه . ومنع سماع الدعوى فى هذا المقام هو من قبيل تخصيص قضائه بالزمان والمكان والخصومة(٤٦) وقد أخذ مشروع تقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات فى مصر بهذا الاتجاه أيضا وقصر أثر مرور الزمن على سقوط الدعوى بالحق دون أن يؤدى الى سقوط الحق ذاته(٤٧) .

---

(٤٥) راجع فى تطبيقات أخرى لفكرة الالتزام الطبيعى فى الفقه الاسلامى صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية بيروت ١٩٧٢ م ، جـ ٢ ص ٥٣٦ ـ ٥٣٩ ـ زهدى يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، الطبعة الثانية ، بيروت جـ ٢ ، رقم ٩٣ ، ص ٩٤ ـ ٩٦ .

(٤٦) راجع ، المذكرة الايضاحية القانون المدنى الكويتى الجديد .

راجع أيضا حكم المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية .

وسوف نتناول أحكام مرور الزمان تفصيلا فيما بعد وذلك فى الباب الأخير من هذه الدراسة وقد خصصناه لبحث أسباب انقضاء الالتزام . ونحاول أن نبرز من خلال هذه الدراسة احكام مرور الزمن (التقادم) فى الفقه الاسلامى .

(٤٧) راجع المادة ٣٦٤ وما بعدها من المشروع . وسوف نعرض لها فيما بعد فى الباب الأخير من هذه الدراسة .

٤٤ ـ التطبيق الثانى : فى مجال منافع الغصب وضمانها :

اضافة الى ما تقدم ، نجد تطبيقا آخر لفكرة الالتزام الطبيعى فى الفقه الاسلامى ـ الحنفى منه بصفة خاصة ـ ويتعلق بعدم ضمان المنافع فى الغصب فى هذا المذهب · فقد جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم « منافع الغصب لا تضمن الا فى ثلاث : مال اليتيم ومال الوقف والمعد للاستغلال »(٤٨) وورد به أيضا ، وفى موقع آخر « أجرها الغاصب ورد أجرتها الى المالك تطيب له »(٤٩) · وجاء فى حاشية رد المختار لابن عابدين أيضا ما يلى :

« منافع الغصب استوفاها او عطلها فانها لا تضمن عندنا ···· الا فى ثلاث ···· كذا فى الأشباه »(٥٠) وجاء أيضا فى تكمله الحاشية سالفة الذكر ما يأتى : « لو غصب دارا معدة للاستغلال او موقوفة أو ليتيم وسكنها المستأجر يلزمه المسمى لا أجر المثل قيل له وهل يلزم الغاصب الأجر لمن له الدار ؟ فكتب لا ولكن يرد ما قبض على المالك وهو الأولى : ثم سئل : يلزم المسمى للمالك أم للعاقد ؟ فقال : للعاقد ، ولا يطيب له بل يرده على المالك ، وعن أبى يوسف يتصدق به »(٥١) ·

ونستخلص من كل ذلك ، أن المنافع ـ منافع الغصب ـ لا تضمن عند الاحناف · وهم يجعلون الأجرة ـ أجرة المغصوب ـ للغاصب لأنه العاقد · لكن لا يطيب له الاحتفاظ بها لنفسه ، بل يردها الى المالك أو يتصدق بها · وهذه الأفكار تتضمن فكرة الالتزام الطبيعى · فهناك التزام فى ذمة الغاصب بأن يرد أجرة المغصوب الى المغصوب منه ، وهو التزام طبيعى · فان رد الأجرة فللمالك أن يأخذها لأنها حقه · فاذا لم يردها فانها لا تطيب له ويجب أن يتصدق بها على قول أبى يوسف ·

---

(٤٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٨٤ ·

عكس ذلك : الحنابلة · اذ نصت المادة ١٣٩٤ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أن « منافع المغصوب مضمونة ···· » الشافعية : راجع المهذب للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٧٤ ·

(٤٩) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٨٥ ·

(٥٠) حاشية رد المحتار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء السادس ، ص ٢٠٦ ·

(٥١) راجع تكملة حاشية ابن عابدين · واردة بحاشية رد المحتار وتالية له وهى لنجل مؤلفها · وقد سبق الاشارة اليه ، الجزء السادس ، ص ٢٠٩ ·

الفصــل الثانى

التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

EXÉCUTION PAR EQUIVALENT

٤٥ ـ تمهيــد وتقســيم :

رأينــا أن المـدين اذا لم ينفـذ التزامه مختارا كان للدائن أن يجبره على ذلك ، ولما كان الأصل ان يؤدى المـدين عين ما التزم به ، فان الاجبار ينصب على ذات الالتزام ويسمى التنفيذ العينى الجبرى .

ومر بنـا ايضا انه ليس كل التزام يصلح للتنفيذ العينى الجبرى وانمـا يصلح منه لذلك الالتزام المـدنى دون الالتزام الطبيعى وفى هـذا الصـدد ذكرنا أن التنفيذ العينى الجبرى للالتزام المـدنى قـد يكون مباشرا وقـد يتم باستعمال المـدين لوسائل غير مباشرة توصله اليه مثل حبس المـدين والغرامة التهـديدية .

والسؤال الآن : ماذا لو استحال على الدائن اجبار المـدين على التنفيذ العينى بصورة مباشرة أو غير مباشرة ؟

اجابة على هـذا التساؤل نقـول أنه ليس أمام الدائن فى هـذه الحالة سـوى اللجـوء الى التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعـويض . فتعـذر التنفيذ العينى أو التأخير فيـه يوجب على المـدين تعـويض الدائن عن ذلك ما لم يثبت ان عـدم التنفيذ أو التأخير يرجـع الى سبب أجنبى . ونصت على ذلك المـادة ٢٩٣ من القانون المـدنى الكويتى والمـادة ١٥ من القانون المـدنى المصرى :

وخلاصة لما تقـدم ، وفى سبيل زيادة ايضاحة ، نذكر مرة أخرى بمـا قلنـا ، بخصوص آثار الالتزام . فقـد ذكرنا أن الأثر الجـوهرى للالتزام هـو

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 680, p. 702-703.

تنفيذه او بعبارة أدق تنفيذه • وقلنـا ان الأصل فى التنفيذ ان يكون اختياريا من المدين • فاذا امتنع ، كان ذلك مدعاة تسمح للدائن باللجوء الى التنفيذ الجبرى أو القهرى • واذا كان الأصل فى التنفيذ الجبرى أن ينصب على ذات الالتزام ويسمى التنفيذ العينى الجبرى ـ مباشرا أو غير مباشر ـ فانه اذا استحال على الدائن التنفيذ العينى الجبرى بصـورتيه كان له أن يجبر المـدين على التنفيذ بمقـابل او عن طريق التعـويض •

أما وقـد تكلمنا عن التنفيذ الجبرى عينيا بصورتيه بقى أن نتناول التنفيذ بمقـابل او عن طريق التعـويض •

وسـوف نعرض له فى النقـاط التالية :

اولا : حالات التنفيذ بمقـابل او عن طريق التعـويض •

ثانيا : شروط التعـويض •

ثالثا : تقـدير التعـويض •

ونخصص لكل منها مبحثا •

المبحث الأول

حالات التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

٤٦ ـ لما كان التنفيذ العينى هو الأصل على نحو ما ذكرنا من قبل ، فانه يترتب على ذلك بحكم المنطق القول بأن التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض يعد بديلا عنه . وهذا يعنى أن حالات التنفيذ بمقابل تتحدد اجمالا بالحالات التى لم يفلح فيها الدائن فى الوصول الى التنفيذ العينى .

٤٧ ـ متى يكون التنفيذ بطريق التعويض :

يكون التنفيذ بطريق التعويض ممكنا فى عدة حالات نوجزها فيما يلى :

١ ـ اذا كان التنفيذ العينى مستحيلا بخطأ المدين .

٢ ـ اذا كان التنفيذ العينى غير ممكن الا بتدخل المدين شخصيا أو كان على الأقل غير ملائم الا بهذا التدخل ، ولم تفلح الغرامة التهديدية فى الوصول بالدائن اليه ، ولم يكن الأمر يتيح للدائن حق حبس المدين .

٣ ـ اذا كان التنفيذ العينى مرهقا للمدين رغم امكانه بحيث لا تتناسب الفائدة التى تعود على الدائن منه مع ما يصيب المدين من ضرر من جرائه .

٤٨ ـ صورتان للتعويض :

يلاحظ أن التعويض الذى يلجأ اليه الدائن كطريق للتنفيذ يتخذ صورة من اثنتين له[٢]:

---

(٢) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., ويلاحظ أن وسائل تنفيذ التعويض هى وسائل التنفيذ العينى . أى التنفيذ الاختيارى والتنفيذ الجبرى .

راجع : السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، مشار اليه من قبل ، رقم ٤٦٠ ، ص ٨٢٥ .

الصــورة الأولى – تعـويض عن عـدم التنفيذ : Compensatoires

ويفترض فيها أن المـدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصـلا • ويلجـأ الدائن – كطريق للتنفيذ – الى المطالبـة بتعـويض عن عـدم التنفيذ • ويحـل هـذا التعـويض محـل التنفيذ العينى للالتزام ويعتبر تنفيذا للالتزام بمقابل •

الصــورة الثانية – التعـويض عن التأخر فى التنفيذ : moratoires

والفرض فى هـذه الصورة أن المـدين قـد نفـذ التزامه متأخرا • والتأخير فى التنفيذ مؤداه – بحسب المعنى الواسع له – أن المـدين لم ينفـذ الالتزام الا جزئيا أو نفـذه بصـورة كاملة ولكن جاء التنفيذ معيبا أو نفـذه بصورة كاملة دون عيب ولكن بعـد الموعـد المحـدد لذلك •

والفارق بين الصـورتين واضح : اذ المـدين لم يقم بالتنفيذ كليـة فى الصـورة الأولى بخـلاف الصورة الثانية حيث قام المـدين بالتنفيذ متأخرا على المعنى المذكور للتأخر • وثمـة فارق آخر يمكن ان نضيفه اذ التعـويض فى الحالة الأولى يكون عن عـدم التنفيذ العينى ومن ثم فانه يعـد بديلا له كطريق للتنفيذ العينى غير موجـود وعلى ذلك لا يتصور أن يجتمع هـذا التعويض معه • بخـلاف الصـورة الثانية والتعـويض فيها عن التأخير فى التنفيذ ومن ثم يتصـور وجـود التنفيذ العينى وذلك فى حالة ما اذا كان التأخر يعنى تنفيذ المـدين لالتزامه كاملا ولكن بعـد الموعـد المحـدد لذلك • اذ يجتمع – كما هـو واضح – التعـويض عن التأخر مـع التنفيذ العينى[٢] •

---

(٢) وينبغى أن يكون واضحا ، أن التنفيذ بطريق التعـويض ليس معناه أن تعـويضا مثل هـذا يعـد التزاما تخييريا أو التزاما بدليـا الى جانب التنفيذ العينى • فالالتزام يبـقى كما هـو لا يتغير ، سـواء نفـذ عينا أو عن طريق التعـويض • كل ما هنالك أن الذى تغير هـو محـل الالتزام • فبعـد أن كان تنفيذا عينيا أصبح تعـويضا •

راجـع : السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، مشار اليه من قبـل ، رقم ٤٠٩ ، ص ٧٦٢ – ٧٦٣ •

المبحث الثانى

شروط التعـويض

٤٩ ـ طائفتــان من الشروط :

يشترط لامكان لجـوء الدائن الى التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعـويض طائفتان من الشروط :

الطائفـة الأولى ـ تضم الشروط الموضوعية :

مؤداها عـدم قيام المـدين بالتنفيذ العينى ممـا يؤدى الى اصابـة الدائن بضرر وأن يكون الضرر ناتجـا عن عـدم قيام المـدين بالتنفيذ العينى ٠ وفى الحق أن هذه الشروط الموضوعية تمثل شروط المسئولية المدنية بصفة عامة وهى الخطـأ (عـدم التنفيذ) والضرر وعلاقـة السببية بين الخطـأ والضرر ٠

اما الطائفـة الثانية من الشروط ـ فنعنى بها الشروط الشكلية :

ولا تتضمن فى الواقـع الا شرطا واحـدا يتمثل فى وجـوب قيام الدائن باعـذار المـدين ٠ ولمـا كانت الشروط الموضوعية ترجمة لأركان المسئونية المدنية بصفة عامة ، فان موقـع دراستها يكون فى مصادر الالتزام ونحيل بشأنها الى مؤلفـات الفقـه المتخصصة ٠

وعلى ذلك سـوف نقصر دراستنا هنـا على الاعـذار باعتباره شرطا شـكليا لا يجـوز للدائن اللجـوء الى التنفيذ بمقابل الا باستيفائه ٠

٥٠ ـ الاعـذار والغرض منـه : La mise en demeure

نصت المـادة ٢٩٧ من القانون المـدنى الكويتى الجـديد (م٠ ٢١٨ مدنى مصرى) على أنه « لا يستحق التعـويض الا بعـد أعـذار المـدين ٠٠ »

والمعنى الواضح للنص يشير بادىء ذى بدء الى قاعـدة عامة مؤداها أن الاعـذار شرط لاستحقاق التعـويض ٠ بحيث يتعين على الدائن وهـو بسبيل

SAVATIER : op. cit , p. 228, n. 175.

طلب التنفيذ بمقابل او عن طريق التعـويض ان يقـوم باعـذار المـدين أولا أى يطالبه بالوفاء · فاذا لم ينفـذ يكون طلب التعـويض ·

والاعـذار اجراء شكلى استلزمه القانون ومن شأنه ان يجعل المـدين فى حالة تأخر عن تنفيذ التزامه حيث الغرض الأساسى منه ·

٥١ ــ شـكل الاعـذار :

يكون اعـذار المـدين ــ على حـد قـول المـادة ٢٩٨ مدنى كويتى ــ بانذاره او بورقـة رسمية تقـوم مقام الانذار · كما يجـوز ان يكون الاعـذار بأى وسيلة اخرى يتفق عليها · فالقاعـدة على هـذا النحـو بخصوص شكل الاعـذار تتمثل فى وجـوب ان يتخـذ شـكل الانذار او ورقـة رسمية تقـوم مقـامه · والانذار عبارة عن ورقـة رسمية توجـه من الدائن الى المدين عن طريق مندوب الاعـلان (المحضر) يطلب فيها الدائن من المدين تنفيذ التزامه · أما بشخصه أو فى موطنـه ويمكن ان يتم الاعـذار بأى ورقـة رسمية أخرى تقـوم مقام الانذار · والورقـة الرسمية التى تقـوم مقام الانذار هى كل ورقـة من هـذا النوع تعلن الى المدين وتتضمن مطالبته بالوفاء · مثال ذلك صحيفة الدعـوى المتضمنة تكليف المدين بالحضور أمام المحكمة فى تاريخ معين · وكذلك اعـلان السـند التنفيذى الذى يسبق التنفيذ (م· ٢٠٤ مرافعات كويتى) ·

ونود ان ننبه هنا الى ان القاعـدة الواردة فى النص الأول بخصوص شكل الاعـذار والتى توجب ان يتخـذ شـكل الانذار أو ورقـة رسمية تقـوم مقـامه انمـا هى قاعـدة لا تتعلق بالنظام العام · فقـد أجاز النص المشار اليـه أن يتم الاعـذار بأى وسيلة أخرى ــ غير الانذار أو ما يقـوم مقامه ــ يتفق عليها · مثـال ذلك الاتفـاق على ان يكون الاعـذار بخطاب موصى عليـه أو حتى بمجرد خطـاب عادى(٥) ·

٥٢ ــ مدى ضرورة الاعـذار :

نقصـد بضرورة الاعـذار فى المقـام الاول · ماذا كان اشتراط الاعـذار هـو امر ضرورى لاستحقاق الدائن تعـويضا سـوء كان تعـويضا عن عـدم التنفيذ او عن التأخير فيه ؟ ام أن ضرورة الاعـذار كشرط مقصورة على أحـدهما ؟

واجابة على هـذا التساؤل · فالرأى الراجح فى الفقـه أن الاعـذار مقصور على حالة مطالبة الدائن للمـدين بتعـويض عن التأخير فى التنفيذ · أما التعويض

---

(٥) راجـع فى ذلك ايضا حكم المـادة (٢١٩) من القانون المدنى المصرى ·

عن عـدم التنفيذ فان الدائن يستحقه دون حاجـة الى اعـذار · وعـلة ذلك أن اشتراط الاعـذار مبناه التسامح · فقبل قيام الدائن به يفترض أنه قـد منح المـدين ضمنا أجـلا للوفاء ثم أعقبه بالاعـذار · وذلك يفترض أن الدائن يطالب باتمـام تنفيذ بداه المـدين ومن ثم لا يتصور افتراضـه اذا كان الدائن يطالب بالتنفيذ بادىء ذى بدء لامتناع المـدين عنه أصـلا([6]) ·

ونقصـد بضرورة الاعـذار فى المقـام الثانى ، انه اذا كانت القاعـدة توجب الاعـذار شرطا لا يستحق الدائن التعـويض دونه ، فهـل الاعـذار ضرورى فى كل حـالة ؟

اجابت على هـذا التساؤل اجمالا المـادة ٢٩٧ من القانون المدنى الكويتى بقـولها « لا يستحق التعـويض الا بعـد اعـذار المـدين ، ما لم يقض الاتفـاق أو ينص القـانون على غير ذلك » ·

والمعنى الواضـح للنص يؤدى بنـا الى القـول بأن الدائن يعفى من الاعـذار اما بالاتفاق او بنص القانون ·

٥٣ ـ الاعفـاء الاتفـاقى من الاعـذار :

فانه يكون بالاتفاق على استبعاد القاعـدة الواردة فى صـدر النص السابق والتى توجب اعـذار المـدين · بحيث يصير المـدين معـذرا بمجرد حلول أجـل الالتزام دون حاجـة الى أى أجراء ·

والاتفـاق قـد يكون صريحا أو ضمنيا · وعن الاتفـاق الصريح فأمره واضـح · أما عن الاتفـاق الضمنى فمثاله أن يشترط فى عقـد المقـاولة وجوب انتهاء المقاول من عمله فى تاريخ محدد · فاذا لم ينته من عمله فى التاريخ المحدد كان للدائن أن يطالبه بالتعويض دون اعـذار · ذلك أن المدين يعد معذرا بمجرد حـلول التـاريخ ·

٥٤ ـ الاعفـاء القـانونى من الاعـذار :

فقـد تصـدت لبيان حالاته المـادة ٢٩٩ من القـانون المـدنى الكويتى وهى حالات استثناها النص من وجـوب اشتراط الاعـذار بحيث يجـوز للدائن أن يطالب المدين بتعـويض دون حاجـة الى اعـذاره وهـذه الحالات هى([7]) :

---

(٦) راجـع فى هـذا المعنى : محمد لبيب شنب ، المرجـع السابق ، رقم ٢٣٢ ، ص ٢٢٣ ·

(٧) راجـع حكم المـادة ٢٢٠ من القانون المدنى المصرى وقـد نصت على هـذه الحـالات ايضـــــا ·

١ ـ اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ٠ مثال ذلك أن يلتزم المدين بالامتناع عن القيام بعمل ولكنه يقوم به مخالفا الالتزام بالامتناع ٠ فما جدوى الاعذار هنا وقد غدا التنفيذ العينى للالتزام غير ممكنا ٠

ويشترط فى هذه الحالة أن يرجع عدم امكان التنفيذ العينى او عدم جدواه الى فعل المدين ٠ فاذا كان بسبب أجنبى ، انقضى الالتزام ولا محل للتعويض ومن ثم لا مجال للاعذار ٠

٢ ـ اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع :
والصورة أن شخصا ارتكب عملا غير مشروع سبب ضررا للغير مما ترتب عليه نشوء المسئولية التقصيرية على عاتقه وتوجب تعويض الضرر ٠ والدائن (المضرور) اذ يطالب بالتعويض فانه يطالب به دون حاجة الى أعذار المدين ٠

٣ ـ اذا كان محل الالتزام تسليم شئ يعلم المدين أنه مسروق او رد شئ تسلمه دون حق وهو عالم بذلك ٠

وتطبيقا لذلك ، فلو حصل شخص على شئ دون وجه حق لانه قام بسرقته أو كان قد تسلمه من شخص يعلم أنه سارق ، فانه يجب عليه أن يرده الى صاحبه ٠ والا كان لصاحبه أن يطالبه بالرد ٠ وأن يطالبه أيضا بتعويض عن عدم الرد دون أعذار ٠ اذ لا عبرة بأن يتمسك مدين بالرد وهو سئ النية بوجوب قيام الدائن بأعذاره ٠

٤ ـ اذا صرح المدين كتابة أنه لن ينفذ التزامه :

فاذا صرح المدين بأنه لن ينفذ التزامه ٠ كان دليلا على عنته وتعمده عدم التنفيذ وليس من المنطق فى شئ فى هذه الحالة أن نوجب على الدائن أعذار هذا المدين ٠ هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى فأنه لما كان لجوء الدائن الى التنفيذ بطريق التعويض يتضمن غالبا محاولة للتغلب على عنت المدين واصراره على عدم التنفيذ فان فى اشتراط ضرورة الاعذار حماية لمدين متعنت وهذا غير معقول ٠

وتجدر الاشارة الى ان تصريح المدين بأنه لم ينفذ التزامه لا يعمل اثره فى اعفاء الدائن من الاعذار الا اذا كان مكتوبا ، ومن ثم لا يجوز اثباته بشهادة الشهود أو القرائن ٠

٥٥ – مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المـالية فى مصر والتنفيذ بمقـابل أو عن طريق التعـويض :

أولا – تقرر المـادة ٢٢٧ من المشروع المبدأ العام بشأن التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعـويض ويجرى نصها على النحـو التالى :

« اذا كان تنفيذ الالتزام عينا جبرا على المدين غير ممكن أو غير مجـد حكم عليه بالتعـويض لعـدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن عـدم التنفيذ قـد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه · ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه » ·

وهـذا النص المقترح من المشروع وان كان يقـابل نص المـادة ٢١٥ من القـانون المدنى المصرى الحالى ، الا أنه يتضمن تعـديلا له · والمـادة ٢١٥ تنص على ما يأتى :

« اذا استحال على المدين أن ينفـذ التزامه عينا حكم عليـه بالتعـويض لعـدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قـد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه · ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه » · وقـد قصـد بتعـديل نص المـادة ٢١٥ من القانون المدنى المصرى الحالى على النحـو الوارد فى نص المـادة ٢٢٧ من المشروع أن يشمل حكم النص الاخير حالة استحالة التنفيذ وحالة عـدم جـدواه · وهـذا ما جاء بالمشروع تعليقـا على هـذا النص ·

والنصان يختلفان عن النص المقابل من القـانون المـدنى الكويتى وهـو نص المـادة ٢٩٣ وجاء بها « عند تعـذر تنفيذ الالتزام عينا ، أو التأخير فيه ، ما لم يثبت المـدين أن عـدم التنفيذ أو التأخير كان بسبب أجنبى لا يد له فيه » ·

ونوجز مظاهر الاختلاف فيما يلى :

١ – يختلف النص الكويتى سالف الذكر عن نص المـادة ٢٢٧ من المشروع · فحكم النص الأخير يشمل على ما رأينا – وعلى حـد ما جاء فى التعليق عليه فى المشروع – حالة استحالة التنفيذ وحالة عـدم جـدواه ، على حين أن النص الأول لم يواجـه – على الأقـل – حالة عـدم جـدوى التنفيذ ·

٢ – يختلف النص الكويتى المشار اليه عن نص القانون المدنى المصرى الحالى ونص المشروع والاختلاف من حيث الصياغة · اذ المشرع الكويتى قـد جمـع ، وفى صـياغة واحـدة ، بين التعـويض عن عـدم التنفيذ والتعـويض عن التأخر فيـه ، بخـلاف النصـين المصريين محـل المقـارنة ، وقـد ورد فيهما

حكم التعـويض عن عـدم التنفيذ أولا ثم جاء حكم التعـويض عن التأخر فى التنفيذ فيهما بالصيغة الآتية « .. ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه » .

ولا يفـوتنى أن أشـير الى أن نص المـادة ١٦٢ من قانون التجارة الكويتى الملغى هـو الذى يطابق ــ بخصوص حكمى التعـويض عن عـدم التنفيذ والتأخر فيه والفصـل بينهما من حيث الصياغة ــ النصين المصريين المشار اليهما . أعنى المـادة ٢١٥ من القانون المدنى المصرى الحالى والمـادة ٢٢٧ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المـالية ــ وعلى الرغم من كل ذلك . فقـد جاء فى المشروع المصرى تعليقا على المـادة ٢٢٧ منه ، أنهـا تطـابق نص المـادة ٢٩٥ من مشروع القانون المدنى الكويتى

ثانيا ــ وعن شروط التعـويض :

أوجبت المـادة ٢٢٩ من المشروع قيام الدائن بأعـذار المدين ونصها كالآتى : « لا يستحق التعـويض الا بعـد أعـذار المدين . ما لم ينص القانون أو الاتفـاق على غير ذلك » والاعـذار شرط شكلى لاستحقاق التعـويض يقـوم الى جانب الشروط الموضوعية كما ذكرنا من قبل . وهـذا النص المقترح من المشروع وان كان يطابق المـادة ٢٩٧ من القانون المدنى الكويتى وتنص على أنه « لا يستحق التعـويض الا بعـد اعـذار المدين ، ما لم يقض الاتفـاق أو نص القانون على غير ذلك » فانه يختلف عن النص المقابل من القانون المدنى المصرى الحـالى ويقضى بمـا يلى « لا يستحق التعـويض الا بعـد اعـذار المدين ما لم ينص على غير ذلك » . وواضح أن نص المشروع (م. ٢٢٩) قـد أضاف عبـارة « القانون أو الاتفـاق » بعـد لفظ ينص . ويغـدو بذلك ــ مع النص الكويتى ــ أكثر دقـة ووضوحا من النص المقابل من القانون المدنى المصرى الحالى . أعنى نص المـادة ٢١٨ .

ثالثا ــ وعن شـكل الاعـذار :

نصت المـادة ٢١٤ من المشروع على ما يأتى : « يكون أعـذار المدين بانذاره أو بمـا يقـوم مقام الانذار ، ما لم يتفق على غير ذلك » . والاعـذار يكون ــ كما هـو واضح ــ بانذار المدين أو بما يقوم مقامه . وعلى ذلك فانه يمكن أن يكون بورقـة رسمية تعلن الى المـدين وتتضمن مطالبته بالوفاء كما ذكرنا من قبل . مثال ذلك صحيفة الدعـوى المتضمنة تكليف المدين بالحضور أمام المحكمة فى تاريخ معـين .

وهــذا النص المقترح من المشروع وأن كان يطابق فى الحكم المــادة ٢٩٨ من القانون المدنى الكويتى وقــد عرضنا لنصها من قبل . فانه جاء مخالفا من حيث الصياغة للنص المقابل من القانون المدنى المصرى الحالى وهــو نص المــادة ٢١٩ . وتقضى بمــا يأتى : « يكون اعــذار المدين بانذاره أو بمــا يقــوم مقام الانذار . ويجــوز أن يتم الاعــذار عن طريق البريد على الوجــه المبين فى قانون المرافعات . كما يجــوز ان يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المــدين معــذرا بمجرد حلول الأجــل دون حاجــة الى اى اجراء آخر » .

ويبــدو للوهلة الاولى النص المقابل من المشروع (م ٢١٤) وقــد حــذفت منه عبارة « ويجــوز أن يتم الاعــذار عن طريق البريد على الوجــه المبين فى قانون المرافعات » وذلك اكتفاء بعبارة « أو بمــا يقــوم مقام الانذار » كما استغنى المشروع فى نصــه عن عبارة « كما يجــوز أن يكون مترتبا على اتفــاق يقضى بأن يكون المدين معــذرا بمجرد حلول الأجــل دون حاجــة الى أى اجراء آخر »[٩] بعبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » .

رابعا – وعن ضرورة الاعــذار :

فان نص المــادة ٢٢٩ من المشروع وقــد عرضنا له من قبــل واضــح فى امكان الاعفــاء منه اما بالاتفــاق أو النص . فالاعفــاء من الاعــذار اعفــاء اتفاقى وقانونى . وعن حالات الاعفــاء القانونى من الاعــذار فقــد تناولها المشروع فى المــادة ٢١٥ منه اذ نصت : « لا ضرورة لاعــذار المدين فى الحالات الآتية :

(أ) اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجــد بفعل المدين .

(ب) اذا كان محل الالتزام تعــويضا ترتب على عمل غير مشروع .

(ج) اذا كان محل الالتزام رد شىء يعلم المدين أنه مسروق أو شىء تسلمه دون حــق وهــو يعلم بذلك .

(د) اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه .

(هـ) اذا نص القانون أو اتفق الطرفان على عــدم لزوم الاعــذار .

---

(٨) يلاحظ أن هــذه العبارة من المــادة ٢١٩ من القانون المدنى المصرى بخصوص اعتبار المدين معــذرا بمجرد حلول الأجــل قــد وردت فى البند (أ) من نص المــادة ٢٩٩ من القــانون المدنى الكويتى وجاء بشأنها فى مذكرته الايضاحية انها بمثابة حالة اعفــاء اتفــاقى من الاعــذار .

وهـذا النص المقترح من المشروع وان كان يطـابق النص المقابل من القـانون المـدنى المصرى الحالى وهـو نص المـادة ٢٢٠ ، الا أن النص الأخير قـد خلا من البند (هـ) الذى أضيف الى نص المشروع كما هـو واضح ·

واضافة البند (هـ) الى نص المشروع سالف الذكر انمـا يثير التساؤل والمـادة ٢٢٩ من المشروع تنص على انه « لا يستحق التعـويض الا بعـد اعـذار المدين ، ما لم ينص القانون أو الاتفـاق على غير ذلك » ويلاحظ أن حالات الاعفـاء القانونى من الاعـذار قـد تضمنتها المـادة ٢٩٩ من القانون المدنى الكويتى والمـادة وان كانت تطابق ـ بشأن هـذه الحالات ـ المـادة ٢١٥ من المشروع كما تطابق المـادة ٢٢٠ من القانون المدنى المصرى الحالى · يبقى أن نبرز خلو هـذا النص الكويتى ـ مثل نظيره من القانون المدنى المصرى الحالى ـ من البند (هـ) ورد بنص المشروع ·

وبعـد كل ما تقـدم ، تجـدر الاشارة الى أن المشروع قـد أورد نص المـادة ٢١٤ منه بخصوص كيفية الاعـذار وكذا المـادة ٢١٥ بخصوص حالات الاعفـاء القانونى من الاعـذار فى الفصل الأول منه (أحكام عامة) وذلك بخلاف النصوص المقابلة من القانون المدنى المصرى الحالى والقانون المدنى الكويتى وقـد وردت تحت عنوان « التنفيذ بطريق التعـويض » ويرد ضمن أحـكام الفصل الثانى من الباب الثانى من القانون الأول ، بينما ورد فى الثانى تحت « البند ثانيا » من الفصل الأول من الباب الثانى ·

المبحث الثالث

تقـدير التعـويض

٥٦ ـ التعـويض القضائى والتعـويض الاتفـاقى :

الأصـل ان القضاء يختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالتعـويض حيث يقـوم القاضى بتقـدير التعـويض ليقال انه تعـويض قضائى ٠ ولكن ليس ثمـة ما يمنع اتفاق الدائن والمدين ومقـدما على مقـدار التعـويض الذى يحصل عليه الدائن حال عـدم التنفيذ أو التأخير فيه ٠ ليقال أنه تعـويض اتفـاقى ويسمى الشرط الجزائى ٠

ونعرض لذلك تباعـا فى مطلبين على التـوالى :

المطلب الأول

التعـويض القضـائى

٥٧ ـ تمهيـد وتقسـيم :

اذا لم يقم المـدين بالتنفيذ العينى او تأخر فيه كان للدائن ان يطالبـه بتعويض ولكن ان يمتنع المدين عن أداء هـذا التعويض فامناص من لجوء الدائن الى القاضى لاستصدار حكم بذلك ٠ وفى هـذا تنص المـادة ١/٣٠٠ من القانون المدنى الكويتى على ما يأتى : « تقـدر المحكمة التعـويض اذا لم يكن مقـدرا فى العقـد أو بمقضى نص فى القانون »[٩] ٠

ولما كانت دراسة التعـويض بصفة عامة والتعـويض القضائى بصفة خاصـة تدخـل ضمن دراسة المسئولية المدنية كما ذكرت عند تناول شروط التعويض فأننا نحيل مرة أخرى فى هـذا الشأن الى المراجـع المتخصصة فى المسئولية المدنيـة ٠

وعلى ذلك نقصر دراستنا للتعـويض القضائى على الأسس التى يعتمد عليها القاضى فى تقـدير التعـويض ٠٠ هـذا من ناحية ٠٠ ومن ناحية أخرى نتناول فى عجالة أنواع التعـويض ٠

---

(٩) والنص يطـابق ما جاءت به المـادة ١/٢٢١ من القانون المدنى المصرى اذ قالت : « اذا لم يكن التعـويض مقـدرا فى العقـد أو بنص القانون فالقاضى هـو الذى يقـدره ٠٠٠٠ » ٠

٥٨ ـ أسس التعويض :

وعن أسس التعويض القضائى ، فان القاضى يأخذ فى اعتباره وهو بسبيل تقدير التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب على حد قول المادة ٢/٢٠٠ من القانون المدنى الكويتى ·

ومفهوم ذلك أن التعويض يكون عن ضرر أصاب الدائن ويتحدد هذا الضرر بما لحقه من خسارة ومافاته من كسب[10] ·

وتطبيقا لذلك ، فانه اذا تقاعد صاحب مصنع عن توريد بضاعة الى احد التجار ولم يف بالتزامه مما دفع التاجر الى شراء البضاعة من مكان آخر بثمن مرتفع كان للتاجر باعتباره دائنا لصاحب المصنع أن يطالبه بتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء ذلك ، ويشمل التعويض :

١ ـ ما لحق الدائن من خسارة ماثلة فى الفرق بين ثمن البضاعة المتفق عليه فى العقد وثمن شرائها من مكان آخر ·

٢ ـ مافات الدائن من كسب · ويتمثل فيما كان يحققه عن ربح من صفقات ضاعت عليه فى سعيه لشراء البضاعة من مكان آخر ·

ويلاحظ انه يشترط لكى يشمل التعويض ما لحق الدائن عن خسارة ومافاته من كسب . أن يكون هذا الكسب وتلك الخسارة نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه وتكون كذلك اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاها ببذل جهد معقول (م· ٢/٣٠٠ مدنى كويتى ـ ١/٢٢١ مدنى مصرى) ·

ويجدر بنا ان نشير هنا الى موقف الفقه الاسلامى · فقد ذهب المرحوم الدكتور السنهورى الى القول بأنه « يشترط فى الضمان ان يكون المضمون مالا متقوما فى ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذى يعطى بدلا عنه ، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل الا فى حالات استثنائية محدودة · ويضيف : « ومن باب أولى لا تعويض عن أى خسارة تحملها الدائن أو عن أى ربح فاته »[11] ·

SAVATIER : op. cit., n. 280, p. 341.

(١١) السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، الجزء السادس ، المجمع العلمى العربى الاسلامى . منشورات محمد الدايه ، بيروت . ص ١٦٨ ·

ويكفينا فى الرد على ذلك ، أن نستشهد بما خلصت اليه هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية – فى مجال الشرط الجزائى – من انه « لما كان الشرط الجزائى كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالى ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع فى ذلك الى العدل والانصاف على حسب مافات من منفعة أو لحق من مضرة ٠٠٠٠ »[١٢] ٠

٥٩ – نوعا الضرر :

ويتخذ الضرر المطلوب تعويضه أما صورة الضرر المادى أو الضرر الأدبى ٠ والضرر المادى هو ضرر يصيب الدائن فى مصلحة مالية بخلاف للضرر الأدبى الذى يصيب المضرور فى مصلحة غير مالية كان يصيبه فى سمعته أو كرامته أو شرفه أو شعوره ٠

ولذا كان التعويض عن الضرر المادى ليس محلا لأى شك ومن ثم لا يحتاج الى نص ، فقد ثار الخلاف حول تعويض الضرر الأدبى ، وجاء نص المادة ٣٠١ من القانون المدنى الكويتى قاطعا فى شمول التعويض للضرر الأدبى ٠ (م٠ ٢٢٢/١ مدنى مصرى) ٠

وننبه فى هذا الصدد الى ان جواز تعويض الضرر الأدبى ليس مطلقا ٠ اذ يتقيد أولا بما جاء فى المادة ٢٣١/٣ مدنى كويتى ويقضى بعدم جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبى الناشىء عن الوفاة ألا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية[١٣] ويتقيد ثانيا بما جاء فى المادة ٢٣٢ مدنى كويتى ويقضى بعدم انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى سواء بالحوالة أو الميراث الا اذا تحددت قيمته بنص أو اتفاق أو كان الدائن قد طالبه به أمام القضاء[١٤] ٠

---

(١٢) بحث عن الشرط الجزائى ، مجلة البحوث الاسلامية ، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء ، هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية – المجلد الأول – العدد الثانى ، ص ١٤٠ – ١٤٢ ٠

(١٣) راجع فى هذا الصدد حكم المادة ٢٢٢/٢ مدنى مصرى وهو مماثل فى الحكم ٠

(١٤) وتقتضى المادة ٢٢٢/١ مدنى مصرى ، بعدم انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى للغير الا اذ تحدد بمقتضى تفاق او طالب الدائن به امام القضاء ٠

– راجع :

وفى القيدين السابقين ما يفيد اختلاف الضرر المـادى عن الأدبى من حيث شمول التعـويض لهما • هـذا اضافة الى اختلاف بينهما من حيث الطبيعة كما ذكرت منذ قليـل •

ويتم تقـدير التعـويض تبعـا لقيمة الضرر وقت الحكم به سـواء كان يزيد او يقـل عن قيمته وقت الاخـلال بالالتزام •

٦٠ ـ التعـويض النقـدى والعينى :

والتعـويض الذى يحكم به القاضى قـد يكون تعـويضا نقـديا وقـد يكون عينيا • والأصـل أن يكون نقـديا • ولكن يمكن تصور التعـويض من طبيعة عينية غير نقـدية • مثال ذلك امتناع تاجر السيارات عن تسليم السيارة للمشترى فيحكم عليـه القاضى بتسليم سيارة أخرى • وهنـا ننبه الى فارق يجب أن يكون بارزا بين التنفيذ العينى والتعـويض العينى • ففى التعـوض العينى يحكم القاضى بحصول الدائن على شىء آخر غير الشىء الذى التزم به المدين بخـلاف التنفيذ العينى حيث يحكم القاضى بحصول الدائن على عين ما التزام به المـدين •

ويلاحظ أنه لـا كان التعـويض النقـدى هـو الأصـل فانه لا يجـوز للقاضى أن يحكم بالتعـويض العينى ما لم يطلبه الدائن • فاذا طلبـه الدائن فان القاضى غير ملزم بالحكم له به وله أن يحكم بتعـويض نقـدى فهـو الأصـل • ولـكن اذا كان الدائن قـد طلب التعـويض النقـدى فلا يجـور للقاضى الحكم بالتعـويض العينى الا بموافقـة •

٦١ ـ أحكام التعـويض القضائى كما وردت بمشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعـاملات المـالية فى مصر :

تعرض المـادة ٢٣٠ من المشروع للأصـل العام فى تقـدير التعـويض او التعـويض القضائى ، حيث تقـدره المحكمة وفقـا لضوابط أو أسس معينة • والمـادة يجرى نصها على النحو التالى :

« ١ ـ اذا لم يكن التعـويض مقـدرا فى العقـد أو بنص فى القانون ، فالقاضى هـو الذى يقـدره ويشمل التعـويض ما لحـق الدائن من خسارة ومافاته من كسب بشرط أن يكون هـذا نتيجة طبيعية لعـدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير

فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

٢ ـ ومع ذلك ، اذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » .

هذا النص المقترح من المشرع يطابق تماما نص المادة ٢٢١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق ايضا نص المادة ٣٠٠ من القانون المدنى الكويتى ، التى استمدت حكمها أصلا من النص المصرى الحالى سالف الذكر . وقد عرضنا لهما من قبل .

ولما كانت دراسة التعويض بصفة عامة والتعويض القضائى بصفة خاصة تدخل فى دراسة المسئولين المدنية كما أوضحنا من قبل ، فاننا نكتفى هنا ايضا بالاحالة الى المراجع المتخصصة فى هذا الشأن .

ومع ذلك فاننا نستخلص من نص المشروع سالف الذكر أسس أو ضوابط تقدير التعويض القضائى ، وتتمثل فيما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب على ما أوضحنا سلفا . ويشترط لكى يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب أن يكون هذا الكسب الفائت وتلك الخسارة نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه . والضرر اذ يتحدد بما فات من كسب وما لحق من خسارة يكون نتيجة طبيعية ـ على النحو المذكور فى النص ـ اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

وتناولت المادة ١٨٤ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية حكم التعويض عن الضرر الأدبى فى ثلاث فقرات . والجديد فى هذا الحكم ما جاءت به الفقرة الثانية من النص المذكور اذ قالت : « وينتقل الحق فى التعويض الى الورثة ، ما لم يثبت نزول المضرور عنه ، ولكن لا تجوز حوالته الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن أمام القضاء » .

وهذه الفقرة تقابل الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى المصرى الحالى ، كما تقابل المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى الكويتى .

ولكن يبقى حكم المشروع متميزا عنهما بما يأتى : اذ أن انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة لم يتقيد فى هذا المشروع بتحديد هذا الحق بالاتفاق أو رفع الدعوى وانما يتوقف على عدم نزول المضرور عنه .

المطلب الثانى

التعـويض الاتفـاقى

الشرط الجزائى

LA CLAUSE PENAL

٦٢ ـ تقسـيم :

لقـد تضمنت المـادة ٣٠٢ من القانون المدنى الكويتى (مادة ٢٢٣ من القانون المدنى المصرى) مبدأ جـواز الاتفـاق مقـدما على تقـدير التعـويض المستحق للدائن حال لخـلال المدين بالتزامه وهـو المعروف بالتعـويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى · ونتناول تعريف هـذا الشرط ، ثم نحـدد نطاقـه ، وبعـد ذلك نبين سلطة القاضى حياله ثم نوضح حكمه فى الفقـه الاسلامى ·

٦٣ ـ تعريف الشرط الجزائى :

٥٠ ـ الشرط الجزائى عبارة عن بنـد فى عقـد يتضمن تحـديدا للجزاء المترتب على الاخـلال بالالتزام وذلك بتحـديد التعـويض المستحق للدائن لدى المـدين عن هـذا الاخـلال فهـو تقـدير اتفاقى للتعـويض يتم مقـدما ·

وحينما نقـول فى تعريف الشرط الجزائى بأنه بنـد فى عقـد ، فان مفاد ذلك أن يتفق الطرفان عليه اما فى العقـد الأصلى أو فى اتفـاق لاحـق · ويشترط فى جميع الأحـوال أن يتم التراضى عليـه قبـل وقـوع الاخـلال · ويلاحظ أن الاتفـاق على الشرط الجزائى هـو اتفـاق تابع للعقـد المنشىء للالتزام أصلا ، ومن ثم لا يمكن وصفه بالاستقلال ولو ورد الاتفاق عليه فى اتفاق لاحق ·

وثمـة خلط يتعين تجنبه بين الشرط الجزائى والعربون · فالعربون عبارة عن مبلغ يدفعـه أحـد المتعاقـدين للاخر وقت ابرام العقـد ويفيد أن لكل من

CARBONNIER : op. cit., n. 79. p. 284 - 286.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 543 - 592, p. 590 - 592.

V. aussi : BÉGUIN (J.) : « Clause Pénel » Rép. de dr. civ., 1878, t. 2.

طرفيه خيار العدول عنه مالم يظهر أنهما قصدا غير ذلك او كان العرف يقضى بخلافه (م٠ ٧٤ مدنى كويتى ـ م٠ ١٠٣ مدنى مصرى) ٠

فاذا عدل من دفع العربون فقده واذا عدل من قبضه التزم برده ودفع مثله وذلك كله دون اعتبار لما يترتب على العدل من ضرر ٠ والفارق الأول بين العربون والشرط الجزائى يتمثل فى أن الضرر شرط جوهرى لاستحقاق مبلغ الشرط الجزائى بخلاف العربون اذ لا قيمة لوجود الضرر من عدمه فى دفعه أو رده بمناسبة العدول ٠

ويمكن أن نضيف فارقا آخر ، فاذا كان الشرط الجزائى عبارة عن بند فى عقد فانه قد يدرج فى العقد الأصلى الذى ينشىء الالتزام على عاتق المدين وقد يكون فى اتفاق لاحق ٠ أما العربون فان دفعه يكون وقت ابرام العقد ولا نتصور دفعه بعد ذلك ٠ لان دفعه بعد ابرامه لا يستجيب للغرض المحدد فى النص للعربون ٠ اذ الغرض منه دلالة العدول لا البت ٠ فيفيد ان للطرفين حق العدول مما ينبىء عن أن العقد لم يبرم نهائيا ٠ ويجدر بنا أن نشير ايضا الى اختلاف الشرط الجزائى عن الغرامة التهديدية[١٦] ٠

فالشرط الجزائى اتفاقى بخلاف الغرامة التهديدية وتكون بحكم القاضى ٠ هذا من جهة ، ومن جهة ثانية ، فالمعيار فى الشرط الجزائى يتمثل فى قدر ما لحق الدائن من ضرر ومن ثم لايستحق التعويض المتفق عليه فى نطاقه اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ٠ أما الغرامة التهديدية ، فالمعيار فيها ـ كما ذكرنا من قبل ـ المركز المالى للمدين وما يبديه من تعنت ٠ ومن جهة ثالثة ، فان الشرط الجزائى يكون نهائيا بحسب الأصل ٠ وقولنا بحسب الأصل حتى لا يتعارض ذلك مع سلطة القاضى حياله ٠ أما الغرامة التهديدية فالحكم بها يكون مؤقتا ولا يقبل التنفيذ باعتباره حكما فى ذاته ٠ اضافة الى ما تقدم ، ومن جهة خامسة ، نجد الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى ، أما الشرطالجزائى فلا علاقة له بالتنفيذ العينى ٠

٦٤ ـ نطاق الشرط الجزائى والحكم المستحدث فى القانون المدنى الكويتى :

لقد احسن المشرع المدنى الكويتى صنعا عندما حرص على أن ينص فى المادة ٣٠٢ على المجال الذى يصح فيه الاتفاق مقدما على مقدار التعويض

---

(١٦) راجع : السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، مشار اليه من قبل ، رقم ٤٩١ ، ص ٨٦٥ ـ ٨٦٦ ٠

ويتمثل فى الحالة التى لا يكون فيها محل الالتزام مبلغا نقديا • اذ تقول : « اذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود ، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدما التعويض فى العقد أو فى اتفاق لاحق » •

وعلة ذلك أنه اذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ نقدى فان الاتفاق على تعويض عند اخلال المدين بالتزامه هو اتفاق على فائدة وفيه خروج على الشريعة ولا يمكن قبوله • أما اذالم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود فالاتفاق على تقدير تعويضى يلتزم به المدين عند أخلاله بالتزامه يعد صحيحا عند جمهور فقهاء المسلمين ولا يبطل الا عند الشافعية(١٧) •

وواضح أن النص المدنى الكويتى يتفق مع أحكام الفقه الاسلامى(١٨) • وأن هناك من القوانين المدنية العربية ما يخالفه فى حكمه بشأن تحديد نطاق ومجال الشرط الجزائى • وعلى سبيل المثال فقد اجازت المادة ٢٢٣ من القانون المدنى المصرى الاتفاق مقدما على تقدير التعويض عن الاخلال بالالتزام أيا كان موضوعه ، دفع مبلغ نقدى أو غيره ، كما لو تمثل موضوع الالتزام فى القيام بعمل أو امتناع • ويكون بذلك قد فتح الباب أمام الفوائد بتوسيع نطاق الشرط الجزائى وشموله للالتزام بدفع مبلغ نقدى • وهذا يخالف الشريعة الاسلامية •

٦٥ ـ سلطة القاضى ازاء الشرط الجزائى :

لما كان الشرط الجزائى تقديرا اتفاقيا للتعويض فانه يخضع فى استحقاقه لشروط استحقاق التعويض بصفة عامة • وتتمثل هذه الشروط فى وجوب توافر أركان المسئولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية • فاذا توافرت حكم القاضى على المدين بدفع التعويض المتفق عليه • اذ العقد شريعة المتعاقدين ويجب اكماله •

وتجدر الاشارة بهذه المناسبة الى المادة ٣٠٣ مدنى كويتى وقد نصت فى صدرها على انه « لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقا اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر •• (م• ٢٢٤/١ مدنى مصرى) • ومعنى ذلك ان الاتفاق على التعويض يبقى على ركن الضرر فلا يحكم بالتعويض اذا لم

---

(١٧) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى •

(١٨) وقد نص المشروع المدنى الكويتى صراحة على بطلان الفوائد فى المادة ٣٠٥ • وهو ما اخذ به مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر فى المادة ٢٣٤ كما سنرى •

يترتب على اخـلال المـدين بالتزامه أى ضرر للدائن[١٩] ولكن يظهر أثر الاتفاق على تقـدير التعـويض فيما يتعلق بركن الضرر فى مجال الاثبات • اذ لا يكلف الدائن باثبـات وجـود الضرر بل يفترض حصـول ضرر ما وفقـا لمـا قـدره المتعاقـدان • فاذا اثبت المـدين ان الدائن لم يلحقـه أى ضرر فيكون أحـد أركان المسئولية قـد تخلف وبالتالى لا تحكم المحكمة بأى تعـويض • أما اذا لم يثبت المدين ذلك ولكنه اثبت أن الضرر الحادث أقـل من التعـويض جاز للقاضى أن يخفض التعـويض أما اذا ادعى الدائن أن الضرر الذى لحقـه يزيد على قيمة التعـويض ، فعليه ان يثبت ذلك ويجـوز للقاضى أن يزيد التعـويض •

وسلطة القاضى فى تخفيض قيمة التعـويض فى حالتين[٢٠] (م• ٣٠٣ مدنى كويتى ـ م• ٢٢٤/٢ مدنى مصرى) •

١ ـ اذا اثبت المـدين أن تقـدير التعـويض كان مبالغا فيه الى درجـة كبيرة • فلا يكفى أن يثبت أن الضرر الواقـع فعـلا أقـل من المتفق عليـه •

٢ ـ اذا أثبت المـدين أن الالتزام قـد نفـذ فى جزء منه • اذ المفروض ان التقـدير الاتفـاقى للتعـويض كان عن عـدم التنفيذ الكلى •

٥٤ ـ أما عن سلطة القاضى فى زيادة التعـويض فأنها مشروطه بأن يثبت الدائن أن المدين قـد ارتكب غشا أو خطأ جسيما • وعلة ذلك أن الاتفـاق يتضمن اتفـاقا على الاعفاء من المسئولية عمـا وقـع من ضرر زائدا عن قيمة التعـويض • والأصـل أن هـذا الاتفاق يعتبر صحيحا ويعمل به الا فى حالة غش المدين أو خطئه الجسيم[٢١] •

٦٦ ـ أحكام التعـويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

أولا : تضمنت المـادة ٢٣١ من المشروع بشأن جـواز الاتفـاق مقـدما على تقـدير التعـويض المستحق للدائن حال اخـلال المدين بالتزامه وهـو

---

(١٩) راجـع : BEGUIN : op. cit., n. 3.

(٢٠) راجـع فى الفقـه الفرنسى ايضا : MAZEAUD : op. cit., n. 641, p. 669

(٢١) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى الجـديد ، ص ١٧٨ ـ ١٧٩ ـ راجـع ايضا المـادة ٣٠٤ مدنى كويتى ، والمادة ٢٢٥ مدنى مصرى وحكمها مماثل •

المعروف بالتعـويض الاتفـاقى أو الشرط الجزائى · والمـادة نصها كالآتى :
« يجـوز للمتعاقـدين أن يحـددا مقـدما قيمة التعـويض بالنص عليها فى العقـد أو فى اتفـاق لاحـق » ·

وهـذا النص المقترح فى المشروع يطـابق المـادة ٢٢٣ من القانون المدنى المصرى الحالى ونصها كالآتى : « يجـوز للمتعاقـدين أن يحـددا مقـدما قيمة التعـويض بالنص عليها فى العقـد أو فى اتفـاق لاحـق ، ويراعى فى هـذه الحالة احكام المواد من ٢١٥ الى ٢٢٠ » ·

وعلى الرغم من القـول بالتطـابق بين النصين ، فان ما ينبغى أن يلاحظ أن المشروع قـد أغفـل فى النص المقترح الاشارة الى أحكام المواد الخاصـــة باستحالة التنفيذ لسبب أجنبى وسـلطة القاضى فى انقـاص التعـويض اذا كان المضرور قـد اشترك بخطئه فى احـداث الضرر والاتفاق على زيادة عبء المسئولية أو التخفيف منه ، والاعـذار · اذ أنه فيما عـدا الأحكام التى وردت فى خصوص التعـويض الاتفـاقى ، فان هـذا التعـويض يخضع للأحكام ذاتهـا التى تسرى على تعـويض يقـدره القاضى ·

ويقـابل المـادتين فى القانون المدنى الـكويتى ، المـادة ٣٠٢ وقـد عرضنا لهـا من قبـل · ويهمنا هنا أن نبرز اختلافها عن نص المشروع والنص الحالى للقانون المدنى المصرى سالفى الذكر · وقـد ألمحنا الى هـذا الاختـلاف من قبـل بخصوص النص المصرى الحالى فاننا نكتفى بالقـول : بأن النص الـكويتى قـد حـدد نطـاق الشرط الجزائى بالحالات التى لا يكون فيها محـل الالتزام مبلغا نقـديا · وذلك بخـلاف النصين المصريين · والنص الـكويتى أكثر دقـة فى صياغته حيث يقطع الطريق على الفـوائد الربوية التى تحرمها شريعتنا الغراء · ومـع ذلك يجب أن يلاحظ ـ بصـدد الاختلاف المنوه عنه ـ أن المشروع قـد استحدث نصا يقضى بتحريم الفـوائد الربوية نزولا على أحكام الشريعة الاسلامية ، وهـو نص المـادة ٢٣٤ وجاء على النحو الآتى :

« ١ ـ يقـع باطـلا كل اتفـاق على تقاضى فـوائد مقابل الانتفـاع بمبلغ من النقـود أو التأخير فى الوفاء به ·

٢ ـ وتعتبر فائدة مستترة كل عمـولة أو منفعـة أيا كان نوعهـا ، اشترطها الدائن ، اذا ما ثبت أن هـذه العمولة او المنفعة لا تقابلها خـدمة حقيقية يكون الدائن قـد أداها ولا منفعة مشروعه » ·

وليس من شك فى أن واضع المشروع قد أحسن صنعا باستحداث هذا النص ، أعلاء لشريعة الله . والنص اذ يحرم الفوائد الربوية ، فانه يفرغ الاختلاف الذى أشرنا اليه بين نص المشروع (م. ٢٣١) والنص المدنى الكويتى (م. ٣٠٢) بخصوص نطاق الشرط الجزائى من كل قيمة ويجعله عديم الأهمية .

وتجدر الاشارة فى هذا المقام الى ان النص المستحدث من المشروع الذى يقضى بتحريم الفوائد الربوية صراحة (م. ٢٣٤) انما يطابق تماما المادة ٣٠٥ من القانون المدنى الكويتى .

ثانيا : لما كان الشرط الجزائى يخضع فى استحقاقه لشروط المسئولية المدنية ، فقد ابقى المشروع على ركن الضرر ، فلا يحكم بالتعويض اذ أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه اى ضرر . وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٣٢ من المشروع ، وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من القانون المدنى المصرى الحالى كما تطابق المادة ٣٠٣ من القانون المدنى الكويتى بالحكم الوارد فى صدرها ، وقد أشرنا الى ذلك من قبل .

ثالثا : وعن سلطة القاضى ازاء الشرط الجزائى ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٢ من المشروع على سلطة القاضى فى خفض قيمة التعويض « اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه » . ونص هذه الفقرة يطابق الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المادة ٣٠٣ من القانون المدنى الكويتى بالحكم الذى جاء فى عجزها .

اما عن سلطة القاضى فى زيادة التعويض المتفق عليه ، فقد نصت المادة ٢٣٣ من المشروع على انه « اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى ، جاز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة » وهذا النص المقترح من المشروع يقابل المادة ٢٢٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، والمادة ٣٠٤ من القانون المدنى الكويتى وقد عرضنا لهما من قبل . وتجدر الاشارة الى أن زيادة التعويض مشروطة صراحة فى النصين الأخيرين بأن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما . وقد ألمحنا الى ذلك وعلته من قبل .

رابعا : ونلحظ أخيرا ، أن المشروع قد استحدث المادة ٢٣٥ وتنص على انه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين فى الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب هذا التأخير » . وجاء فى المشروع تعليقا على هذا النص أن الشريعة الاسلامية

لا تأبى التعويض عن الضرر الذى يلحق الدائن فى مثل هذه الحالة • وهذا النص المقترح من المشروع يقابل المادة ٣٠٦ من القانون المدنى الكويتى ونصها كالاتى : « اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد اعذاره ، مع قدرته على الوفاء ، واثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف ، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » • وواضح ان النص الكويتى يختلف عن نص المشروع خاصة بالنسبة لفكرة الضرر غير المألوف •

٦٧ – موقف الفقه الاسلامى من الشرط الجزائى :

الشرط الجزائى لم يكن معروفا بهذا الاسم لدى فقهائنا الأقدمين ، وانما جاء ذكره فى صور مسائل فقهية • ولعل أول وجود له فى الفقه الاسلامى ما رواه البخارى فى صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قال لكريه : أدخل ركابك ، فان لم أرحل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم • فلم يخرج ، فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه • فهذه المسألة صريحة فى أنها من أنواع الشروط الجزائية(٢٢) • ويظهر لنا من مؤلفات المحدثين فى الفقه الاسلامى أن فكرة الشرط الجزائى ليست غريبة عنه وبصفة خاصة لدى المالكية •

فقد نقل أحدهم عن الحطاب قوله : « وأما اذا التزم أنه اذا لم يوف حقه فى وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان أو صدقه للمساكين • فالمشهور أنه لا يقضى به كما تقدم وقال ابن دينار يقضى به » ويضيف أن الشيخ الحطاب قرر ان هذا الالتزام فى ذاته – أى الشرط الجزائى – صحيح يجب الوفاء به • ويصل من ذلك – بحق – الى أن المالكية يصححون الشرط الجزائى الا اذا كان مفضيا الى الربا(٢٣) •

---

(٢٢) راجع : مجلة البحوث الاسلامية – اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء : بحث فى الشرط الجزائى – هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ، مشار اليه من قبل ، ص ٦١ ، ١٣٩ •

(٢٣) راجع الشيخ زكى الدين شعبان فى رسالته التى حصل بها على شهادة العالمية فى نظرية الشروط المقترنة بالعقد فى الشريعة والقانون • الطبعة الاولى ، ١٩٦٨ ، القاهرة ، ص ١٦٢ – ١٦٤ ، راجع ايضا فى الشرط الجزائى فى الفقه الاسلامى : مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهى العام رقم ٣٨٦ ، ص ٧١٣ – ٧١٤ •

وقد جوز الحنابلة الشرط الجزائى • ففى أطار تقسيم الشروط المقترنة بالعقد عندهم الى شروط صحيحة فاسدة ، ولا يتسع المجال لعرضها[٢٤] ، نجد *الشرط الجزائى يقع ضمن الشروط الصحيحه* ، *وعلى وجه الدقة* فانه يندرج تحت نوع منها هو الشروط التى تحقق مصلحة العاقدين ، ووجه المصلحة أن الشرط الجزائى حافز لمن اشترط عليه أن ينجز للمشترط حقه ومساعد له على الوفاء بشرطه ، فكان شبيها باشتراط الرهن والكفيل فى الوفاء كصاحب الشرط • وعلى ذلك فالشرط الجزائى يرتبط العقد حيث انه تقدير الضرر المتوقع حصوله فى حالة عدم الوفاء بالالتزام[٢٥] •

وقد خلص الرأى فى هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية وبالاجماع الى أن الشرط الجزائى الذى يجرى اشتراطه فى العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر فى الاخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول • واذا كان الشرط الجزائى كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالى ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع فى ذلك الى العدل والانصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة • ويرجع فى تقدير ذلك عند الاختلاف رأى الحاكم الشرعى عن طريق أهل الخبرة والنظر[٢٦] •

---

(٢٤) راجع القواعد النورانية الفقهية لشيخ الاسلام ابن تيمية ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٩ هـ ، ص ١٨٤ ، وما بعدها •• وراجع عرض لقسام الشروط فى المذاهب المختلفة بحثنا عن شرط المنع من التصرف بين الشريعة والقانون •

(٢٥) بحث عن الشرط الجزائى لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية فى مجلة البحوث الاسلامية ، مشار اليه فيما سبق ، ص ١٣٤ •

(٢٦) راجع بحث هيئة كبار العلماء المشار اليه والرأى فى تصحيح الشرط الجزائى واسانيده ، ص ١٤٠ ـ ١٤٢ •

راجع ايضا ، تعميم معالى وزير العدل فى المملكة العربية السعودية رقم ١٣/٦٠/ت وتاريخ ١٣٩٥/٣/٢٦ حول قرار هيئة كبار العلماء المتضمن أن الشرط الجزائى الذى يجرى اشتراطه فى العقود صحيح معتبر يجب الأخذ به مالم يكن هناك عذر فى الاخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا فيكون العذر مسقطا •

وملخص التعميم على هذا النحو ، منشور فى مجموعة الأنظمة واللوائح والتعليمات التى تصدرها وزارة العدل • فهرس التعاميم الصادرة بتوقيع معالى الوزير الموجودة بادارة الوثائق والبحوث • ص ٤٠ من المجموعة •

الفصل الثالث

وسائل ضمان التنفيذ

٦٨ ـ حق الضمان العام ووسائل حمايته :

عرضت المادة ٣٠٧ مدنى كويتى (٢٣٤ مدنى مصرى) للضمان العام للدائنين ويقصد به أن لكل دائن أن يستوفى حقه جبرا عن المدين بالتنفيذ على أمواله • وتظهر عمومية هذا الضمان من ناحيتين : الأولى ومؤداها أن جميع اموال المدين تضمن الوفاء بحق الدائن • اذ يجوز له أن ينفذ على أى مال يوجد فى ذمة المدين وقت التنفيذ سواء أكان موجودا وقت نشوء الحق الذى يراد استيفاؤه جبرا أو وجد فى ذمة المدين بعد نشوء الحق(١) • الثانية : وتظهر فيها عمومية الضمان على معنى انه لا يخص دائن واحد وانما هو ضمان مقرر لكل الدائنين ومؤدى ذلك المساواة بينهم فيه مما يؤدى الى قسمة الغرماء فى حالة تعددهم والمدين واحد • ويلاحظ أن المساواة تقوم بين الدائنين العاديين دون غيرهم أصحاب حقوق تخولهم التتبع والتقدم •

وليس من شك فى أن للدائن مصلحة فى المحافظة على الضمان وتقويته • ولذا شرع من الوسائل ما هو كفيل بتمكين الدائن من التغلب على ما من شأنه أن ينقص أو يضعف هذا الضمان فقد يمتنع المدين عن استعمال حقوقه تجاه للغير مما يضر بحق بالدائن لأن ذلك يجعل هذه الحقوق بمنأى عن الضمان العام • كذلك قد يقوم المدين بالتصرف فى امواله • بقصد الاضرار بدائنه مما يؤدى الى اخراج المال محل التصرف من نطاق الضمان العام للدائن ومن ثم الى انقاصه • فوق كل ذلك قد يتسبب المدين فى أضرار الدائن بأن يصل ـ نتيجة لتصرفاته ـ الى وضع تكون فيه ديونه أكثر من حقوقه ويوصف بأنه معسر • هذا فضلا عما يهدد للدائن من خطر الصورية فى التصرفات •

---

(١) يجب ملاحظة ما نص عليه القانون المدنى الكويتى فى المادة ٢٤٩ من أن الحق فى الدية لا يدخل فى الضمان العام للدائنين •

وقد نصت المادة ٢٣٦ من المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية على الضمان العام • وهى تطابق المادة ٢٣٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٣٠٧ من القانون المدنى الكويتى •

ازاء هـذه المخاطر التى تهـدد الدائن فى ضـمانه العـام فقـد قرر له المشرع من الوسـائل ما هـو كفيـل بحمايته منها · فقـد وفر للدائن وسـيلة التغلب على الخطر الأول ماثل فى تقاعس المدين عن استعمال حقوقه تجاه الغير أعنى الدعـوى غير المباشرة · ولمجابهة الخطر الثانى الناتج عن تصرف المدين فى أمواله بقصـد الاضرار اجاز المشرع للدائن المضرور من هـذا التصرف أن يطعن فيه بورقـة النفـاذ عن طريق دعـوى عـدم نفـاذ التصرفات أى الدعـوى البولصية · وأخيرا نجـد المشرع وقـد أجاز للمدين الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يقـوم دائنه بدوره بتنفيذ التزام يقـع على عاتقـه تجـاه هـذا المدين فى اطـار الحـق فى الحبس · كل ذلك اضافة الى شـهر الاعسار والصورية وسوف تعرض للدعـوى غير المباشرة والدعـوى البولصـية والحـق فى الحبس ثم نتناول شـهر الاعسار والصـورية · ونخصص لـكل منها مبحثا مستقلا ·

المبحث الأول : فى الدعـوى غير المباشرة ·

المبحث الثانى : فى دعـوى عـدم نفـاذ التصرف ·

المبحث الثالث : الحـق فى الحبس ·

المبحث الرابع : دعـوى الصـورية ·

المبحث الخامس : شـهر الاعسـار ·

المبحث الأول

الدعـوة غير المباشرة

L'ACTION OBLIQUE OU INDIRECT

٦٩ ــ تقسـيم :

تعـد الدعـوى غير المباشرة وسـيلة من وسـائل المحافظة على حـق الضمان العـام للدائن وسـوف نتناول أولا تعريف هـذه الدعـوى وشروط استعمالها ثم نتطرق ثانيا الى بيان طبيعتها وآثارها ونعرض فى النهاية لتصور هـذه الدعـوى فى الفقـه الاسـلامى · كل ذلك فى مطالب ثلاثة :

(1) MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 683, p. 706, n. 690, p. 715.

راجع أيضا

STARCK (B.) : « Action oblique » Rép. de dr. cir., 1979 t. 1.

المطلب الأول

تعريف الدعـوى غير المباشرة وشروط استعمالها

٧٠ ـ تعريف الدعـوى غير المباشرة :

٥٨ ـ هى دعـوى يرفعها الدائن باسم مدينه للمطالبة بحـق له فى ذمة الغير • وقـد عرضت لهـا المـادة ١/٣٠٨ مدنى كويتى (م• ١/٢٣٥ مدنى مصرى) وتنص على أن « لكل دائن ، ولو لم يكن حقـه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه حقوق هـذا المدين المـالية •• » •

وعلى ما يبـدو لنـا ، فان تسمية هـذا الاجراء بالدعـوى غير المباشرة تعـد تسمية غير دقيقـة • فالمقصود هنـا ونحن بسبيل تناول وسـائل المحافظة على الضمان العام أن يستعمل الدائن حقوق مدنية لدى الغير • والغالب أن يكون استعماله لهـا عن طريق دعـوى يرفعها على الغير باسم المدين يطالبه فيها بحقوق الأخير • ولكن ليس ثمـة ما يمنع الدائن من اتخـاذ اجراء آخر وصـولا الى نفس الهـدف • مثل تسجيل عقـد اشترى به المـدين عقـارا ، أو قيـد رهن يضمن حقـا لمدينه لدى الغير أو تجـديد قيـد الرهن أو اعـلان حكم صـدر لمصلحة المدين أو الطعن فى حكم صـدر ضـده[٣] •

وتختلف الدعـوى غير المباشرة عن وسيلة أخرى قصـد بها المشرع توفير حمـاية خاصـة لبعض الدائنين • ونقصـد الدعـوى المباشرة وهى دعـوى يقيمها الدائن باسمه ولحسابه للمطالبة بحـق مدينه لدى الغير[٤] • ومن أمثلتها ما نص عليه المشرع المدنى الـكويتى فى المـادة ٢/٦٠٢ (م• ١/٥٩٦ مدنى مصرى) بخصوص الدعـوى التى يرفعها المؤجر ضـد المستأجر من الباطن لمطالبته بمـا فى ذمته للمستأجر الأصلى •

---

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٨٠ •

(٤) راجع فى التفرقة بين الدعوى المباشرة وغير المباشرة :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 683, p. 706 ets. n. 692. p. 715, n. 693, p. 716.

٧١ ـ شروط استعمال الدعـوى غير المباشرة :

تضمنت المـادة ٣٠٨ مدنى كويتى (م٠ ٢٣٥ مدنى مصرى) شروط استعمال هـذه الدعـوى ونوجزها فيما يلى :

٧٢ ـ الشرط الأول : عـدم استعمال المدين لحقوقه :

حتى يتمكن الدائن من استعمال حقوق مدينه لدى الغـير يقضى المنطق بالا يكون هـذا المدين قـد استعمل تلك الحقوق ٠ فاذا كان المدين قـد طالب بحقـه بموجب دعـوى مثلا فليس للدائن أن يرفـع دعـوى باسم مدينه للمطالبة بهـذا الحق ٠ كل ما هنالك أن الدائن يطلب ادخاله خصما فى هـذه الدعـوى ٠

ولكن عـدم استعمال المدين لحقوقه لا يكفى بذاته لرفـع الدعوى غير المباشرة من جانب دائنه بل يتعين أن يكون فى عـدم استعماله لحقوقه هـذه ما يؤدى الى اعساره ان لم يكن معسرا أو الى زيادته ان كان كذلك ٠ ويقصـد بالاعسار الفعلى منه على معنى أن التزامات المدين تفـوق حقوقه وذلك بغض النظر عن صـدور حـكم الاعسار ٠ ويقـع على عاتق الدائن عبء اثبـــات اعسار المدين أو زيادة اعساره ٠

٧٣ ـ الشرط الثانى : الا يكون الحـق متصلا بشخص المدين أو غـــير قابل للحجـــز :

لـما كان الهـدف من الدعـوى غير المباشرة هـو المحافظة على الضـــمان العام للدائن ، فان الأصل أن الدائن يستعمل باسم مدينه جميع حقـــوقه المـالية لدى الغير ٠ واستثناء على ذلك ، فانه لا يجـوز للدائن أن يستعمل من حقوق مدينه ـ بموجب هـذه الدعـوى ـ ما كان منها متصلا بشخصه ٠

وعلة هـذا الاستثناء تكمن ـ على ما يبـدو ـ فى أن المطالبة بمثل هـذه الحقوق انمـا تنبنىعلى اعتبارات تخص المـدين شـخصيا ومن ثم فهـو أفضل من يقـدرها ٠ مثـال ذلك اذا تمثل حـق المدين لدى الغير فى تعـويض عن ضرر أدبى أصابه ٠ واستثنى المشرع أيضـا حقـوق المدين لدى الغير اذا كانت من الحقـوق التى لا يجـوز الحجز عليها ٠ اذ فى هـذه الحالة لا يتحقق الهـــدف المنشـود من استعمالها من قبل الدائن بالدعـوى غير المباشرة ٠ هـذا الهـدف الذى يتمثل ـ كما ذكرت ـ فى المحافظة على الضمان العام للدائن وتقويته(٥) ٠

---

(٥) V. MAZEAUD : op. cit., n. 973, p. 938 « l'action oblique n'etait ...... qu'une mesure de conservation du patrimoine »

comp. STARCK : op. cit., n. 7.

وكما نوهنا من قبل ، فان المشرع المدنى الكويتى قد ضمن نص المادة ٢٤٩ تطبيقا اسلاميا جديدا يكون فيه حق المدين لدى الغير متصلا بشخصه بحيث يمتنع على دائنه استعماله بالدعوى غير المباشرة ٠ والمادة نصها كالآتى : « لا يدخل الحق فى الدية فى الضمان العام للدائنين » ٠ والمعنى الواضح للنص ـ على ما جاءت به المذكرة الايضاحية ـ أن الدية لا تدخل فى الضمان العام لدائنى المستحق ، ما بقيت مستحقة له على من يلزم بأدائها ٠ وقد روعى فى ذلك أن الدية تستحق اما عن ازهاق الروح ، واما عن اصابة تلحق الجسد ٠ وهى بهذه المثابه تستحق عن أمور محض شخصية ٠ فلا ينبغى أن يسمح للدائنين أن تمد يدهم اليها ، ابتغاء لستيفاء ديونهم منها ، طالما أنها لم تدفع بعد الى مستحقها ٠ ويترتب على اخراج الدية من الضمان العام المقرر للدائنين ، طالما بقيت مستحقة لم تدفع أن هؤلاء لا يستطيعون الحجز عليها لدى الملتزم بها ، ولا أن يطالبوه بها باسم مدينهم ونيابة عنه بمقتضى الدعوى غير المباشرة ٠ اما اذا دفعت الدية بالفعل لمن يستحقها ، فانها تختلط بأمواله وتدخل بذلك فى الضمان العام لدائنيه[٦] ٠

٧٤ ـ الشرط الثالث : وجوب ادخال المدين خصما فى الدعوى :

يجب أن يقوم الدائن وهو بسبيل استعمال حقوق مدينه لدى الغير بالدعوى غير المباشرة بادخال هذا المدين خصما فيها ٠ وقد ورد هذا الشرط صراحة بالنص ٠ والحكمة منه تتجسد فى أن يكون للحكم الصادر فيها حجية على المدين ٠ وليس من شك فى أن ادخال المدين خصما فى الدعوى لنما يحقق فائدة أخرى ٠ اذ لا يكون هناك اى مبرر ـ مع هذا الادخال ـ لقيام الدائن باعذار المدين قبل رفع الدعوى ٠

---

(٦) راجع ، المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، مشار اليها من قبل ص ١٦٦ ٠

المطلب الثانى

طبيعة الدعـوى غير المباشرة وآثارها

٧٥ ـ طبيعة الدعـوى غير المباشرة :

قبل أن نتنـــاول آثار الدعـوى غير المباشرة يجــب أن نتعرض أولا لطبيعتها • وفى ضــوء هـذه الطبيعة يسهل علينا تحـديد آثارها •

وعن هـذه الطبيعة نقـول : لمـا كان جـوهر هـذه الدعـوى يتمثـل فى قيام الدائن وباسم مدينه باستعمال حقـوق هـذا المدين لدى الغير فانه واستنادا الى نص المـادة ٣٠٩ مدنى كويتى (م٠ ٢٣٦ مدنى مصرى) يمكننا القـول بأن الدائن يعـد بذلك نائبا عن المدين(٧) والنيابة هنا نيابة قانونية تستند الى النص السابق وما جاء به فى هـذا الخصوص من أنه يعتبر الدائن فى استعمال حقـوق دائنـه نائبا عنه •

وما ينبغى أن يلاحظ هنــا أن هـذه النيابة بهـا طابعها الخاص • ومظهر الخصوصية أنهـا ليست مقررة لمصلحة الاصيل كما تقضى القواعـد العـادية للنيابة وانمـا هى نيابة يعمل فيها لمصلحته هـو(٨) •

٧٦ ـ آثار الدعـوى غير المباشرة :

فى ضــوء هـذه الطبيعة للدعـوى غير المباشرة يمكننا أن نحـدد آثارها على النحـو التــالى :

١ ـ يظـل للمدين الحـق فى التصرف فى حقـوقه التى يستعملها الدائن نيــابة عنـه بالدعـوى ولا يجـوز للدائن أن يعترض على تصرفات المدين فى حقـوقه لدى الغير أيا كانت طبيعة هـذه التصرفات • وان أراد فيكون عن طريق الدعـوى البولصـية ، كما سنرى فيما بعـد • كما يكون للمدين أيضا أن يستوفى هـذه الحقوق • وأساس ذلك كله أنه ولئن كان الدائن يستعمل باسم المدين حقوقه تجـاه الغير فان ذلك باعتباره نائبا ويبقى المدين أصــلا •

---

(٧) SAVATIER : op. cit., p. 133, n. 96.

(٨) راجع ، عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، رقم ٤٧ ، ص ٥٥ ـ ٥٦ •

٢ ـ يجوز لدين المدين أن يتمسك فى مواجهة الدائن باعتباره نائبا بجميع الدفوع التى كان يستطيع التمسك بها فى مواجهة المدين مثل الدفع بالبطلان[٩] . ولكن لا يجوز له التمسك فى مواجهة الدائن بالدفوع المستمدة من علاقته الشخصية به . لأن الدائن لا يدعى باسمه الشخصى ولكن باعتباره نائبا[١٠] .

٣ ـ أن الفائدة الناتجة عن الدعوى ماثلة فى تقوية الضمان العام لا ينفرد بها الدائن رافع الدعوى وحده بل يشترك معه فيها سائر الدائنين .

٧٧ ـ الدعوى غير المباشرة فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

أورد المشروع الحكم بشأن الدعوى غير المباشرة وشروطها فى المادة ٢٣٧ ونصها كالآتى :

« ١ ـ لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .

٢ ـ ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو يزيد فى هذا الاعسار . ولا يشترط اعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب ادخاله خصما فى الدعوى » .

والنص يطابق المادة ٢٣٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المادة ٣٠٨ من القانون المدنى الكويتى وقد عرضنا لهما من قبل .

STARCK : op. cit., n. 53 MAZEAUD : op. cit., n. 975 p. 938.

المطلب الثالث

الدعــوى غير المباشرة فى الفقــه الاسلامى

٧٨ ــ الدعــوى غير المباشرة استثناء :

لم يغب عن الفقــه الاسلامى فكرة الضمان العام للدائن وما يتهــدده من مخاطر • فقــد ورد على لسان ابن رجب فى كتاب القواعــد فى الفقه الاسلامى ان المدين « لو امتنع عن وفاء دينــه وله مال فباع الحــاكم ماله ووفاه عنه صح وبرئ منه ولا ضمان »(١١) •

ومفهوم ذلك بطبيعة الحال أن أموال المدين تضمن الوفاء بديونه • ومــع وجــود الضمان العام للدائن ، فأنه قــد يجابه بعض المخاطر التى تضعف هــذا الضمان وتسلبه مضمونه ممــا يجعل حماية دينه غير كافية • ومن هــذه المخاطر تقاعس المدين واهماله فى المطالبة بحقوقه لدى الغير • فهل للدائن فى الفقه الاسلامى أن يطالب مدين المدين بهــذه الحقوق ؟

يبــدو لنــا أن القاعــدة فى الفقــه الاسلامى عــدم جــواز ذلك ابتداء • فقــد نصت المــادة ١٦٤٠ من مجلة الأحكام العــدليه على ما يأتى : « لا يصلح مديون المديون خصما للدائن » ومؤدى ذلك أن مطالبة الدائن بحقوق عدينه لدى الغير وهى ما يطلق عليــه فى القانون « الدعــوى غير المباشرة » لا تستجيب لهــا من حيث المبدأ القاعــدة المذكورة من هــذه المجلة • وعلى الرغم من ذلك ، نجــد استثناءات على القاعــدة المتقــدمة فى الفقــه الاسلامى تمثل بمضمونها فكرة الدعــوى غير المباشرة فى القــانون • من ذلك ما نصت عليــه المــادة ١٦٣٩ من

---

(١١) انظر القواعد فى الفقه الاســـــلامى للحافظ ابى الفــرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلى ، دار المعرفة ، بيروت قاعــدة رقم ٩٦ ، ص ٢٢١ •

المجلة المشار اليها ٠ فبعـد أن رددت القاعـدة محـل الاستثناء بقـولها « لا يكون الوديع خصما لدائن المودع » أضافت » ولكن لمن وجبت نفقته على الغائب أن يدعى بهـا على الوديع ليأخـذها من دراهم الغائب التى هى أمانة عنده » ٠

ومفهوم ذلك أنه اذا كان صاحب الوديعـة غائبـا ففرض الحاكم من النقـود المودعـة نفقـة لمن وجبت نفقته على صاحب الوديعـة (م٠ ٧٩٩ من المجلة) كان لمن وجبت له النفقه على هـذا الغائب أن يدعى بهـا على الوديع ، وذلك على أساس حكم المـادة ١٦٣٩ سابقة الذكر ٠

واذا دققنا النظر فى هـذه الصورة برمتها وجـدنا دائنـا بالنفقة ومدينـا بهـا وهـو صاحب وديعـة نقـدية لدى شخص آخر هـو الوديع ٠ وان الدائن بهـذه النفقـة يستطيع فى حالة غياب المدين بها (صاحب الوديعـة) أن يطالب مدين المدين (الوديع) بهـذه النفقة ٠ فالدائن يرفع الدعوى على مدين مدينه مطالبـا اياه باستيفاء النفقـة من حـق المدين بهـا فى ذمته وليس من شـك فى أن ذلك يتضمن عناصر الدعـوى غير المباشرة ٠ ويمكننا أن نقيس على حكم الحالة السابقة ، تطبيقات اخرى ، كلما اتحـدت العـلة ٠ اذ العلة ليست قاصرة على علاقـة الدائن بالنفقة مـع مدين مدينه ، وانمـا تمتـد لتشمل كل فرض تتوافر فيه معطيات الحالة المشار اليها من دائن ومدين وثالث مدين للمدين ٠

المبحث الثانى

الدعـوى البولصـية

L'ACTION PAULIENNE

أو

دعـوى عـدم نفـاذ التصرف

٧٩ ـ اشرنا الى أن قيام المدين بالتصرف فى أمواله قـد يلحـق بالدائن وضمانه العام أبلغ الضرر · ولم يشأ المشرع أن يترك الدائن فريسة للمدين فأجاز له الطعن فى تصرفات الأخير بالدعـوى البولصـية وصـولا الى عـدم نفـاذ التصرفات تلك ، ونتناول أولا تعريف هـذه الدعوى وشروطها ثم نتطرق الى تحـديد نطاقهـا وما يمكن أن ترتبه من آثار · ونعرض أخـيرا لتصـور الفقـه الاسـلامى لهـذه الدعـوى ·

وفى ضـوء ذلك نقسم دراستنا فى هـذا المبحث الى المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الدعـوى البولصية وشروطها ·

المطلب الثانى : نطـاق الدعـوى البولصية وآثارها ·

المطلب الثالث : تصور الفقه الاسلامى لدعوى عـدم نفـاذ التصرف ·

---

(١٢) راجع فى الفقه الفرنسى :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 698. p. 721 ets.

STARCK (B.) : » Action Paulienne « Rép de dr. civ., 1979, t. 1.

المطلب الأول

تعريف الدعـوى البولصية وشروطها

٨٠ ـ تعريف الدعـوى البولصـية :

٦٤ ـ هى دعـوى يرفعها الدائن للطعن فى تصرفات مدينة المشوبة بالغش • وهناك يثور التساؤل عن طبيعة هـذه الدعـوى باعتبارها لجراء للطعن على النحو المتقـدم ؟ وبالاجابة على هـذا التساؤل تتحـدد طبيعتها • فقـد كان ينظر اليها قـديما على أنهـا تؤدى الى ابطال ما يقـوم به المدين من تصرفات بقصـد الاضرار بالدائن ومن ثم تحـددت بطبيعتها على أنهـا دعـوى لابطال التصرفات • والسائد الان أنها دعـوى بعـدم نفـاذ التصرفات • ذلك أنهـا تؤدى الى عـدم نفـاذ التصرف الذى قام به فى حـق الدائن • مـع بقـاء التصرف قائما بين طرفيه(١٣) •

٨١ ـ شروط الدعـوى البولصـية :

يمكننا أن نقسم الدعـوى البولصية الى شروط تتعلق بالدائن وأخرى تتصـل بالمدين(١٤) •

---

(١٣) راجع ، السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى جـ ٥ ، ص ٢٣ ـ جميـل الشرقاوى ، دراسـة فى طبيعـة الدعـوى البولصية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٢٩ ، العـدد الاول ، مارس سنة ١٩٥٩ •

راجع ايضـا طبيعة الدعوى فى الفقه الفرنسى :

راجـع ايضـا المـادة ٢١٦ مدنى كويتى وما بها من تطبيقات خاصة لدعـوى عـدم نفـاذ التصرف • ومنها حالة لو تمثل تصرف المدين فى تفضيل دائن على آخـر باعطائه تامينا وحالة يوفى فيها المدين المعسر احـد دائنيه قبـل حلول الأجل •

(١٤) راجع فى هـذه الشروط :

CARBONNIER : op. cit., n. 141, p. 557.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 700, p. 723 ets.

٨٢ ـ اولا : الشروط التى تتعلق بالدائن :

يشترط فى جانب الدائن الذى يلجأ لاستخدام هـذه الدعـوى أن يكون حقـه مستحق الأداء سابقا فى وجـوده على التصرف المطعون فيه وأن يصاب الدائن بضرر من جراء هـذا التصرف ، ونفصل ما أجملنا :

١ ـ يجب أن يكون حـق الدائن مستحق الأداء :

وقـد نصت على هـذا الشرط المـادة ٣١٠ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٢٣٧ مدنى مصرى) ٠ وبنـاء على هـذا الشرط لا يجـوز للدائن أن يطعن فى تصرفات مدينه بالدعـوى البولصية اذا كان حقـه مضافا الى أجـل أو معلقاً على شرط ٠ ما دام لم يحن ذلك الأجـل ولم يتحقق ذلك الشرط ٠ واذا كان يشترط أن يكون حـق الدائن مستحق الأداء وجب أيضا أن يكون حقـه خاليا من النزاع فالحـق لا يستحق الوفاء به الا اذا خـلا من النزاع[١٥] ٠

٢ ـ أن يكون حـق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه[١٦] :

وهـذا شرط يقتضيه المنطق ٠ ولعـل فى هـدف هـذه الدعـوى ما يبرره فالدائن يرفعها وصولا الى عـدم نفـاذ ما قام به المدين من تصرفات بقصـد الاضرار به ٠ ومثل هـذا الضرر بالدائن من جراء تصرفات المدين لا يتصـور وقـوعه أصـلا الا اذا كان حـق الدائن سابقا فى وجـوده على تصرفات هـذا المدين ٠ فكيف يدعى الدائن أن ضررا أصابه من تصرفات مدينه ولم يكن دائنـا وقت وقوعها ؟ وتبعـا لذلك لا يجـوز للدائن أن يباشر هـذه الدعـوى اذا كان حقـه لاحقـا فى الوجـود على تصرفات المدين ٠ والعبرة فى أسبقية حـق الدائن هى بتاريخ نشوء هـذا الحـق بالنظر الى تاريخ ابرام التصرف المطعون فيه ٠ وعلى ذلك يكون الشرط قـد تحقق اذا كان حـق الدائن سابقاً فى تاريخ نشوئه على تاريخ ابرام التصرف[١٧] ٠ ويقـع على عاتق الدائن اثبات أسبقية حقـه على تاريخ ابرام التصرف ٠ ويكون له ذلك باثبات الواقعـة المنشئة للحـق فاذا كانت مادية (مثل العمل غير المشروع) كان له الاثبات بشتى الطرق ، بينما يخضع للقواعـد العامة فى اثبات التصرفات القانونية لو كان مصـدر حقـه واقعـة قانونية ٠

---

(١٥) السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٢٤ ٠

(١٦) V. MAZEAUD : op. cit., n. 990, p. 950.

(١٧) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢٦٤ ، ص ٢٥٩ ٠

٨٣ ـ ثانيا : الشروط التى تتعلق بالمدين[١٨] :

لا يكفى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقا فى وجوده على تصرف المدين محل الطعن بل يجب فوق ذلك أن يكون المدين قد ارتكب غشا فى تصرفه هذا ويكون المتصرف اليه على علم بهذا الغش · ويلاحظ أن وجوب توافر الغش فى جانب المدين وعلم المتصرف اليه به ليس مطلقا أيا كان نوع تصرفه · فاشتراط الغش أمر مقصور على المعاوضات دون التبرعات وقد نصت على ذلك المادة ١/٣١١ مدنى كويتى ·

(أ) فاذا كان تصرف المدين بعوض اشتراطا لجواز الطعن فيه بالدعوى البولصية توافر نية الغش لديه وأن يكون المتصرف اليه على علم بهذه النية ·

والمراد بنية الغش قصد الاضرار بالدائن · ويقع لى عاتق الدائن عبء اثبات ذلك · وقد يسر له المشرع ذلك فى المادة ١/٣١١ مدنى كويتى (م· ١/٢٣٨ مدنى مصرى) اذ قالت : « ويفترض غش المدين اذا أثبت الدائن علمه وقت التصرف بأنه معسر أو بأنه كان ينبغى عليه أن يعلم بذلك ·

كما يفترض علم المتصرف اليه بغش المدين اذا اثبت الدائن انه كان يعلم وقت التصرف أن المدين معسر أو كان ينبغى أن يعلم ذلك » · ومفاد ذلك بطبيعة الحال أن النص قد جعل علم المدين باعساره وعلم المتصرف اليه به أو امكان ذلك قرينة على غش هذا المدين وعلم المتصرف اليه به ومن ثم فليس على الدائن الا يثبت علم المدين باعساره وعلم خلفه به ·

وتجدر الاشارة الى أن اشتراط النص علم المتصرف اليه باعسار المدين ـ اضافة الى علم الأخير به · انما يهدف الى حماية المتصرف اليه حسن النية الذى لم يعلم بغش المدين حماية لاستقرار المعاملات ·

(ب) أما اذا كان تصرف المدين تبرعا ، جاز للدائن أن يطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولا يشترط لعدم نفاذه فى حقه غش هذا المدين ولا حسن نية المتصرف اليه (م· ٢/٣١١ مدنى كويتى م· ٢/٢٣٨ مدنى مصرى) وعلة التفرقة بين المعاوضات والتبرعات على النحو المتقدم ترجع الى أننا نجد الدائن فى التبرعات وهو يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع المدين وفى حالة نفاذه

---

(١٨) V. STARCK : op. cit., n. 43 et s.

والمتبرع له لا يشكو الا من فوات كسب أو منفعة فى حالة عدم النفاذ والفرق واضح بين من يتوقى ضررا ومن يبتغى كسبا أو منفعة فالأول أجدر بالحماية · لأن دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة[19] · ولهذا لم يشترط المشرع غش المدين ليطعن الدائن فى تصرفه اذا كان تبرعا ·

٨٤ ـ ولكن كيف السبيل فى شرط غش المدين وعلم المتصرف اليه به اذا كان هذا المتصرف اليه قد تصرف بدوره الى آخر ؟

فى الاجابة على هذا السؤال نفرق بين عدة فروض[20] :

الفرض الأول :

أن يكون التصرف الأول والثانى معاوضة ويشترط لعدم نفاذ التصرف أن يكون المتصرف اليه الثانى على علم بغش المدين وعلى علم أيضا بأن المتصرف اليه الاول كان يعلم بهذا الغش (م· ٣١٢ مدنى كويتى) ·

الفرض الثانى :

أن يكون التصرف الأول والثانى تبرعا · وفيه لا يلزم توافر أى شرط بخصوص الغش أو العلم به لعدم نفاذ التصرف والصورة بحكمها تستخلص من نص الفقرة الثانية من المادة ٣١١ مدنى كويتى ·

الفرض الثالث :

أن يكون التصرف الأول معاوضة والثانى تبرعا · وفيه قالت المذكرة الايضاحية عبارة ليست واضحة وهى أنه يكفى أعمال الفقرة الثانية من المادة ٣١١ لتصل الى أنه لا يشترط شرط جديد فى هذه الصورة · ونرى أنه ما دام التصرف معاوضة من المدين طبقنا المادة ١/٣١١ وتشترط غش المدين وعلم المتصرف اليه الاول بهذا الغش لا ينفذ التصرف فى حق الدائن ·

الفرض الرابع :

أن يكون التصرف الأول تبرعا والثانى معاوضة · وفيه لا يشترط لعدم نفاذ التصرف سوى علم المتصرف اليه الثانى ان المدين كان معسرا وقت تصرفه للمتصرف اليه الأول · فلا يشترط غش المدين ولا علم المتصرف اليه الأول بهذا الغش (م· ٢/٣١٢ مدنى كويتى) والصور بحكمها تستخلص من نص الفقرة الثانية من المادة ٣١٢ مدنى كويتى ·

---

(١٩) راجع ، السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣١ ، محمد لبيب شنب المرجع السابق رقم ٢٦٥ ، ص ٢٦١ ·

(٢٠) راجع حكم المادة ٢/٢٣٨ مدنى مصرى ·

المطلب الثانى

نطـاق الدعـوى البولصـية وآثارها

٨٥ ـ نطـاق الدعـوى البولصـية :

يتحـدد نطـاق هـذه الدعـوى بماهية التصرف الذى يصـدر عن المدين ويجـوز للدائن أن يطعن فيه بعـدم النفـاذ ۰ اذ يجب أن يكون تصرفا قانونيا مفقراً (م۰ ٣١٠ مدنى كويتى) :

(أ) فيجب فى المقام الأول صـدور تصرف قانونى من المدين حتى تتـاح للدائن فرصـة طلب عـدم نفـاذه عن طريق الدعـوى البولصية ۰ والتصرف القانونى هـو عمل تتصرف اليه أرادة المدين بقصـد أحـداث أثر قانونى ۰ سواء كان معاوضة مثل البيع أو تبرعا مثل الهبه ۰ وعلى ذلك اذا كان ما صـدر من المدين عبارة عن واقعـة مادية وليس تصرفا قانونيا لما جاز للدائن الطعن فيه بالدعـوى البولصية ۰ وتطبيقا له ، اذا ارتكب المدين خطـأ سبب ضررا للغير التزم بتعـويضه قانونا ۰ لا يمكن للدائن الطعن فيـه بالدعـوى المذكـورة[٢١] ۰

(ب) وفى المقـام الثانى ، يجب أن يكون التصرف القانونى مفقرا ۰ ويكون التصرف كذلك اذا كان من شأنه أن يؤدى الى انقـاص حقـوق المدين أو الى زيادة التزاماته ممـا يؤدى الى اعساره ان لم يكن معسرا أو الى زيادة اعسارة اذا كان معسرا ۰ ويقـع على الدائن عبء اثبـات اعسار المدين أو زيادة عساره (م۰ ٣١٣ مدنى كويتى ـ م۰ ٢٣٩ مدنى مصرى) ۰ والمقصود بالاعسار ، الاعسار الفعلى حيث تزيد ديون المدين ولو كانت غير مستحقة الأداء على أمواله ۰ دون الاعسار القانونى حيث تزيد ديون المدين المستحقة الأداء على أموالـه[٢٢] ۰

---

(٢١) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢٦٣ ، ص ٢٥٤ ۰

(٢٢) راجع ، السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٢٨ ـ ٢٩ ، راجع ايضا ص ٢٩ ۰

٨٦ ـ آثار الدعوى البولصية[٢٣] :

تتحدد آثار الدعوى البولصية فى ضوء طبيعتها كما تحددت من قبل على اعتبار أنها دعوى عدم نفاذ تصرف • ونفرق بين آثارها بالنسبة للدائنين وآثارها فى العلاقة بين المدين والمتصرف اليه •

٨٧ ـ آثار الدعوى بالنسبة للدائنين :

اذا توافرت شروط الدعوى البولصية فى النطاق المحدد لها حكم القاضى بعدم نفاذ تصرف المدين فى مواجهة الدائن • على أن الاستفادة من الحكم على هذا الوجه لا تقتصر على الدائن رافع الدعوى بل تمتد الى الدائنين الآخرين الذين صدر التصرف أضرارا بهم ولو لم يرفعوا الدعوى أو لم يشتركوا فى رفعها شريطة أن تكون حقوقهم قد نشأت قبل التصرف المطعون فيه[٢٤] • ونصت على ذلك المادة ٣١٤ مدنى كويتى (م• ٢٤٠ مدنى مصرى) بقولها « اذا تقرر عدم نفاذ التصرف ، استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف أضرارا بهم »[٢٥] •

وتطبيقا لذلك ، اذا كان التصرف ناقلا للملكية وحكم بعدم نفاذه كأثر لطعن أحد الدائنين فيه بالدعوى البولصية كان لهذا الدائن وكذا باقى الدائنين توقيع الحجز على المال محل التصرف المذكور وصولا الى بيعه بالمزاد العلنى لاستيفاء حقوقهم من الثمن • كل ذلك على أساس أن الملكية ما زالت للمدين • ويلاحظ أن المشرع المدنى الكويتى قد صرح حتى المادة ٣١٧ بسقوط دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف فى حقه وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف[٢٦] •

---

(٢٣) MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 714, p. 735.

(٢٤) قارن SAVATIER : « l'acton paulienne est une action égoiste» op. cit., p. 134, n. 97.

(٢٥) نفس الحكم فى فرنسا : MAZEAUD : op. cit., n. 1005, p. 857

وعكس ذلك حكم النقض الفرنسية : Cass. civ. 4. 21 — 1923 : s. 1923 — 1 — 254

مشار اليه فى المرجع المذكور •

(٢٦) وهو حكم مماثل لنص المادة ٢٤٣ مدنى مصرى •

٨٨ ـ آثار الدعوى فى العلاقة بين المدين والمتصرف اليه :

اذا صدر حكم القاضى بعدم نفاذ التصرف ، فان هذا الأثر يكون فى مواجهة الدائنين ولا أثر له على التصرف فى العلاقة بين المتصرف (المدين) والمتصرف اليه · اذ يبقى قائما ونافذا فى العلاقة بين طرفيه ، ومن ثم تترتب آثاره · وعليه فانه اذا حصل الدائنون على حقوقهم فان الزيادة تكون للمتصرف اليه الذى يستطيع أن يرجع بالضمان على المتصرف بقدر ما أخذ الدائنون ونه ايضا ان يطلب الفسخ ·

ونود أن نبرز فى هذا الصدد ما نصت عليه المادة ٣١٥ مدنى كويتى من ان المتصرف اليه يمكنه أن يتخلص من دعوى عدم نفاذ التصرف اذا أودع خزانة ادارة التنفيذ ما يعادل قيمة المال المتصرف فيه · ويختلف الحكم فى هذا النص عن حكم النص المقابل فى القانون المدنى المصرى · فقد نصت المادة ٢٤١ منه على أنه « اذا كان من تلقى الحق من المدين المعسر لم يدفع ثمنه فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بايداعه خزانة المحكمة » والمعنى الواضح للنص أن امكان تخلص المتصرف اليه من دعوى عدم نفاذ التصرف انما يتحدد بكونه مشتريا ولم يدفع الثمن · فما عليه الا ايداعه خزانة المحكمة · أما حكم النص الكويتى فواضح فى تخلص المتصرف اليه من هذه الدعوى فى جميع الأحوال سواء كان مشتريا أم لا وذلك عن طريق ايداع قيمة المال المتصرف فيه خزانة ادارة التنفيذ ·

٨٩ ـ أحكام الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

أولا : نصت المادة ٢٣٩ من المشروع على ما يأتى : « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ التصرف فى حقه ، وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية » ·

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق نص المادة ٢٣٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق نص المادة ٣١٠ من القانون المدنى الكويتى وقد استحدث أحكامه من هذا النص المصرى · وعرضنا للنصين فيما مر عند شرح شروط الدعوى البولصية ، سيما ما تعلق منها بالدائن ·

ونصت المادة ٢٤٠ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون مصدر له التصرف

على علم بهـذا الغش ويكفى لاعتبار التصرف منطـويا على الغش أن يكون قـد صـدر من المدين وهـو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صـدر له التصرف عالمـا بغش المدين اذا كان قـد علم أن هـذا المدين معسر ٠

٢ ـ أما اذا كان التصرف تبرعا ، فانه لا ينفـذ فى حـق الدائن ، ولو كان من صـدر له التصرف حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا ٠

٣ ـ واذا كان الخلف الذى انتقـل له الشيء من المدين قـد تصرف فيـه بعـوض الى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعـدم نفـاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهـذا الغش ، ان كان المدين قـد تصرف بعـوض ، أو كان هـذا الخلف الثانى يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ، ان كان المدين قـد تصرف له تبرعا » ٠

وهـذا النص المقترح من المشروع يطـابق المـادة ٢٣٨ من القـانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق فى حكمه المـادتين ٣١١ ، ٣١٢ من القانون المدنى الكويتى ، وقـد عرضنا لأحكامها جميعا من قبل بمناسبة شروط الدعوى البولصية ، وبصفة خاصة ما يتعلق منها بالمدين ٠

ثانيا : وفى تحـديد نطـاق دعـوى عـدم نفـاذ التصرف بالتصرف المفقر ، وهـو تصرف يكون كذلك اذ أدى الى اعسار المدين أو الى زيادة اعساره نصت المـادة ٢٤١ من المشروع على ما يأتى : « اذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه الا أن يثبت مقـدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » ٠

والنص يطـابق المـادة ٢٣٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطـابق المـادة ٣١٣ من القانون المدنى الكويتى ، وسبق أن عرضنا للنصين ونحن نتناول نطـاق الدعـوى البولصـية ٠

ثالثا : وفى آثار دعـوى عـدم نفـاذ التصرف ، نبرز بشأنها نصين من المشروع ٠ الأول وهـو نص المـادة ٢٤٢ ويقضى بما يلى : « متى تقرر عـدم نفـاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صـدر هـذا التصرف اضرارا بهم » ٠

والنص يطـابق المـادة ٢٤٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطـابق المـادة ٣١٤ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقـد عرضنا للنصـين الأخيرين من قبل ونحن نتناول آثار الدعـوى البولصـية ٠

أما النص الثانى من المشروع ، فهو نص المادة ٢٤٣ ويجرى على النحو التالى : « اذا كان من تلقى الحق من المدين المعسر لم يدفع ثمنه فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بايداعه خزانة المحكمة »

والنص يطابق حكم المادة ٢٤١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، وقد عرضنا له من قبل · ويختلف عنهما النص المقابل من القانون المدنى الكويتى وهو نص المادة ٣١٥ · ونلخص الاختلاف فى أن تخلص المتصرف اليه عن

دعوى عدم نفاذ التصرف انما يتحدد – فى النصين المصريين سالفى الذكر – يكون هذا المتصرف اليه مشتريا ولم يدفع الثمن وما عليه الا القيام بجداعه خزانة المحكمة · اما النص الكويتى – وقد عرضنا له من قبل – نواضح فى امكان تخلص المتصرف اليه من هذه الدعوى فى جميع الأحوال ، سواء كان مشتريا أم لا ، وذلك عن طريق ايداع قيمة المال المتصرف فيه خزانة ادارة التنفيذ ·

وازاء ذلك ، فاننا نتساءل عما جاء بالمشروع تعليقا على نص المادة ٢٤٣ منه وانها تطابق حكم المادة ٣١٧ من مشروع التقنين المدنى الكويتى · اللهم الا اذا كان هذا النص للمشروع الكويتى قد لحقه التعديل · واذا فان الأمر يستدعى اعادة النظر من قبل واضع المشروع المصرى ·

رابعا : وعن اثر معنى المدة او مرور الزمان ، تنص المادة ٢٤٥ من المشروع على أنه : « لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، ولا تسمع فى جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف » · ونص المشروع على هذا النحو وقد اخذ بحكم مرور الزمن وأثره يتمثل فى منع سماع الدعوى بالحق دون سقوط الحق ذاته جريا على أحكام الفقه الاسلامى فى هذا الشأن ، يطابق المادة ٣١٧ من القانون المدنى الكويتى · كما يطابق أيضا ، ومن حيث المدة ، المادة ٢٤٣ من القانون المدنى المصرى الحالى ·

المطلب الثالث

تصــور الفقــه الاسلامى لدعــوى عــدم نفــاذ التصرف

٩٠ ـ القاعــدة حرية المدين فى التصرف :

الأصل فى الفقــه الاسلامى أن المدين لا يمنع من التصرف فى ماله وتقــع كل تصرفاته صحيحة ما لم يكن فى مرض الموت أو كان قــد تم الحجز عليـــه للافلاس ، وهــذا رأى الجمهور ومنهم الحنفية • فقــد نصت المــادة ٢٢٠ من مرشــد الحيران على أنه « اذا كان محجورا عليه بسبب ديونه ودفــع من أمواله المحجــوز عليها دينا فى ذمته لأحــد عشر مائة فلسائر عشر مائة نقض تصرفه واسترداد المبلغ الذى دفعه »(٢٧) •

وننبه هنا الى موقف الأحناف من الحجز على المدين(٢٨) • عند ابى حنيفة لا يجــوز الحجز على المدين • ويؤكد ذلك ما جاء عنــه فى شرح القــدير : « لا أحجز فى الدين واذا وجبت ديون على رجـــل وطلب عشر مائة الحجز عليـــه لم أحجز عليه لأن فى الحجز اهــدار أهليته فلا يجــوز لدفــع ضرر خاص » •

وقال أبو يوسف ومحمد بجــواز الحجر • وجاء فى شرح فتح القــدير : « وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليــه حجز القاضى عليه » وعند الحنابلة ، جاء فى القواعــد الفقهية لابن رجب « التصرفات المــالية كالعتق والوقف والصدقه والهبة اذا تصرف بها (أى المدين) وعليه دين ولم يكن حجر عليه دين ولم يكن حجز عليه فالمذهب صــحة تصرفه »(٢٩) •

---

(٢٧) راجع أيضا المــادة ١٠٠٢ من مجلة الأحكام العدلية ونصها كالآتى :

« الحجر يؤثر فى كل ما يؤدى الى ابطال حق الغرماء كالهبه والصــدقة وبيع مال بالنقص من ثمن مثله • وعلى هـــذا لا تعتبر عقــود المــديون المفلس وتبرعاته وسائر تصرفاته المضرة بحقوق الغرماء •••••• » •

(٢٨)شرح فتح القدير للعاجز الفقير ، الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، الجزء الثامن من شرح الهداية وهو نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لمولانا شمس الدين أحمــد بن قــودر المعروف بقاضى زاده وهى تكمله فتــح القــدير ، ص ٢٠٢ ، ٢٠٥ •

(٢٩) القــواعد فى الفقــه الاســلامى لابن رجب • مشــار أليــه من قبــل ، القاعــدة الحادية عشرة ، ص ١٤ •

وجاء فى المغنى « ما فعله المفلس قبـل حجر الحاكم عليـه من بيـع أو هبة أو اقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافـذ وبهـذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى ولا نعلم أحـدا خالفهم ولأنه رشيد غير محجور عليه فنفـذ تصرفه كغيره ولأن سبب البيع الحجر فلا يتقـدم سببه »[٣٠] ، اضافة الى ذلك أيضا نصت المـادة ١٥١١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أن « تصرفات المفلس قبـل الحجر عليه نافـذة وكذا اقراره مطلقـا .. » .

أما بعـد الحجر فقـد تناولت حكم تصرفات المفلس المـادة من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل حكم تصرفات المفلس بقولها « بمجرد الحجر على المفلس يتعلق حـق غرمائه بمـا له الموجـود والحادث له بارث أو نحـوه . فلا يصح اقراره به لأحـد ولا تصرفه فيـه تصرفا مستأنفا ببيع أو هبـة أو عتـق أو وقف ونحـو ذلك . أما التصرف غير المستأنف كالفسخ لعيب أو نحـوه فيما اشتراه قبـل الحجر أو الامضاء فيصبح منه دون اشتراط كـونه أحـظ » .

وجاء فى الاشباه والنظائر فى قواعـد وفروع فقـه الشافعية فيما يمنـع الدين وجـوبه وما يمنع « فلو كان عليه دين بقـدر ما فى يده ، وهـو قيمـة الباقى ، قـوم عليه ، لأنه مالك له نافـذ تصرفه »[٣١] .

يتضح لنـا من النصوص الفقهية الاسـلامية السابقة أن المدين يستطيع التصرف فى أمواله وهـذا هـو الأصـل ومن ثم فلا يجـوز للدائن أن يطعن فى تصرف مدينه الضار به قبل أن يحجر عليـه .

٩١ ـ عـدم نفـاذ تصرف المدين استثناء فى مذهب الامام مالك :

٧٠ ـ واستثناء على الأصل المتقـدم فقـد جاء فى مذهب الامام مالك ما يفيد تقييد التصرفات الصادرة من قبل الحجر . من ذلك ما قاله ابن جزى فى باب التفليس « اذا أحاط الدين بمـال أحـد ولم يكن فى ماله وفاء بديونه وقام الغرماء عند القاضى فانه يجرى فى ذلك على المدين أحكام التفليس وهى خمسة الرابع منها : أن يحجر عليـه فلا ينفـذ تصرفه فى ماله فان تصرف فيـه بعـد الديون وقبـل التفليس نفـذ ما كان تصرفه بعـوض كالبيع ولم ينفـذ

---

(٣٠) المغنى لابن قـدامه ، مشار اليه من قبل ، الجزء الرابع ، ص ٤٨٩ .

(٣١) الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الاولى ١٢٩٩هـ ، ص ٣٣٣ .

ما كان بغير عـوض كالهبه ٠٠ واما بعـد التفليس. فلا ينفـذ شيء من افعـاله سـواء كان بعـوض أو بغير عـوض »(٣٢) ٠

وبناء على ما تقـدم ، نقـول ان الفقـه المـالكى ولئن اتفق مـع الجمهور فى جانب ، فانه يختلف عنه فى آخر ٠ أما ما اتفق فيـه مـع الجمهور فحاصله منـع المدين من التصرف فى امواله قبل الحجر وكاثر له بطبيعه الحال . سواء كانت التصرفات معاوضة أو تبرعا ٠ أما ما اختلف فيه مـع الجمهور فيخص حكم تصرفات المدين الضـارة قبـل الحجر وهـذا مقصودنا ونحن نستطلع تصور دعـوى عـدم نفـاذ التصرف فى الفقه الاسلامى ٠ ومن هنـا نقـول أنه اذا كان الأصل عند الجمهور – على ما مر بنا – عـدم منع المدين من التصرف فى امواله قبل الحجر ولو كانت هـذه التصرفات ضارة ، وسواء كانت معارضة او تبرعا ، فان الأمر يختلف عند المـالكية ٠ فهم يتكلمون – كما يبين لنـا من قـول ابن جزى الذى أوردناه من قبـل – عن منـع المدين من التصرفات التبرعية دون المعاوضة فى حاله ، ومنعه من التصرف معاوضة أو تبرعا فى حالة أخرى ٠ والحالتان تسبقان الحجر على المدين او تفليسه بحكم الحاكم(٣٣) ٠

وعن الحـالة الأولى :

فانها تتحقق بمجرد أن يحيط الدين بمـال المدين وليس فيه وفاء بديونه ٠ وفيها يمتنع عليه التصرف فى أمواله على سبيل التبرع ٠ ومن ثم يجـوز له أن يتصرف على سبيل المعاوضة ٠

---

(٣٢) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، باب التفاليس ، ص ٣٤٦ – ٣٤٧ ٠

وراجع فى هـذا الموضـوع : السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، مشـار اليه من قبل ، جـ ٥ ، ص ١٤٨ : وقـد علق على نص الفقه المـالكى ٠ كما أورده ابن رشد الحفيد فى بداية المجتهد ونهاية المقتصر ٠

(٣٣) راجع : احمد على الخطيب ، الحجر على المدين لحق الغرماء فى الفقه الاسلامى والقانون المقارن ، القاهرة ، ١٣٨٤هـ – ١٩٦٤م ، رقم ٨٣ – ٨٤ ص ١٧٢ – ١٧٤ ، رقم ٢٧٨ – ٢٨١ ص ٤٩١ – ٤٩٦ ٠

وراجع ايضا : السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، مشار اليه من قبل ، جـ ٥ ، ص ١٤٨ ٠

وعن الحـالة الثانية :

فانها تكون لمجرد أن يقـوم الغرماء عند القاضى ، لأن الديون أحاطت بمـال المدين ودون أن يطلبوا الحجر عليه · وتسمى حالة التفليس العـام · وفيها يمتنع على المدين التصرف فى أمواله ، سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعـــــــا ·

٩٢ ـ والخلاصـة ، أن الفقه المـالكى ـ وعلى خلاف الجمهور ـ يمنـع المدين من التصرف فى أمواله قبـل الحجر على تفـاوت بين احاطـة الدين بماله من ناحية ، وقيام الغرماء عند الحاكم لأن الدين قـد أحاط بمـاله ودون أن يطلبوا الحجر من ناحية أخرى · وهـذا المنع يتفاوت أيضا ـ وعلى المدى المذكور ـ بين منـع التصرفات التبرعية فى الحالة الأولى من جهـة ومنـع التصرفات سواء كانت معاوضة أو تبرعا فى الحالة الثانية ·

ولكن يبـدو أن المـالكية يشترطون لذلك ـ كما هـو واضح ـ أن يكون الدين قـد أحاط بمـال المدين · اى على معنى أن يكون معسرا لأن ديونه تزيد على أمواله · ويضيفون الى هـذا الشرط أيضا وجـوب أن يكون تصرف المدين ضارا بالدائن بدليـل منعهم لتصرفات المدين التبرعية قبل الحجر كما مر بنـا لأنه يكون على علم وقت التصرف بأن الدين يحيط بمـاله ·

فى اطار كل ما تقـدم ، يمكننا القـول بأن فكرة دعـوى عـدم نفـاذ التصرف فى القانون المدنى معروفة فى الفقه الاسلامى بصـفة عامة والمـالكى منه بصفة خاصـة[٣٤] ذلك أن هناك : مدينا معسرا وهـو من أحاط الدين بمـاله والفرض أنه لم يحجر عليه على الرغم من قيام غرمائه عليه عند الحاكم · أيضا فان تصرفات هـذا المدين الضارة لا تسرى فى حـق دائنه اضافة الى ذلك ، فان ما يمتنع على هـذا المدين أن يقـوم به من تصرفات ـ على نحـو ما ذكرنا ـ انما هى تصرفات مفقرة ، تؤدى الى اعساره ان لم يكن معسرا أو الى زيادته ـ وهـذا الأصـل ـ ان كان كذلك ·

---

(٣٤) راجع ، السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ·

راجع فى الموضـــوع أيضا : محمد زكى عبد البر ، كلمة فى الحجر على المدين فى الفقه الاسلامى ، مجلة المحاماة ، الســـنة السادسة والثلاثون ، العـدد التاســـع ، مايو سنة ١٩٥٦ ، ص ١٤٣٠ ـ ١٤٤٩ ·

المبحث الثالث

الحـق فى الحبس

DROIT DE RETENTION

٩٣ ـ تقســـيم :

نتناول فى دراستنا للحـق فى الحبس فى القانون الوضعى تعريف هـذا الحـق وشروط نشوئه ثم نعرض بعـد ذلك لمـا يترتب عليه من آثار وأخيرا نعالج كيفية انقضائه ثم نعقب ذلك كله بابراز فكرة الحـق فى الحبس فى الفقه الاسلامى · ونخصص لكل موضوع ممـا سبق مطلبا مستقلا على النحو التـــــالى :

المطلب الأول : تعريف الحـق فى الحبس وشروط نشوئه ·

المطلب الثانى : آثار الحـق فى الحبس ·

المطلب الثالث : انقضاء الحـق فى الحبس ·

المطلب الرابع : فكرة الحـق فى الحبس فى الفقـه الاســلامى ·

المطلب الأول
تعريف الحــق فى الحبس وشروطه

٩٤ ـ تعريف الحـق فى الحبس[٣٥] :

عرضت المـادة ١/٣١٨ مدنى كويتى (م٠ ١/٢٤٦ مدنى مصرى) تعريف الحـق فى الحبس ، والأمر يقضى ـ كما يتضح من النص ـ ان ثمـة شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر والتزام كل منهما مترتب على الآخر ومرتبط به ، بحيث يجوز لأيهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ما دام لم يقـدم دائنـه على الوفاء بالالتزام الآخر الذى يقـع على عاتقـه مرتبطـا بالأول او لم يقـدم ـ على الأقـل ـ تأمينا كافيا للوفاء ٠ وبعبارة اخرى فانه يجـوز لكل منهما أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام الذى يقـع على عاتقـه ويرتبط بالتزام يقـع على عاتق الآخر الذى لم يقم بدوره بتنفيذ التزامه او لم يقـدم تأمينا كافيـا للوفاء ٠ مثال ذلك فى عقـد البيع حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بينما يلتزم الآخير بأداء الثمن للأول[٣٦] ٠ والارتباط قائم بين الالتزامين بحيث يجـوز لايهما ان يمتنع عن تنفيذ التزامه ما دام الآخر لم يعرض ذلك فللمشترى حبس الثمن اذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ٠

٩٥ ـ شروط الحـق فى الحبس :

تضمن النص السابق شروطا ثلاثة ينبغى توافرها ليقـوم حـق الدائن فى الحبس ٠

٩٦ ـ الشرط الأول : أن يكون الحابس دائنـا بحـق ٠

وفى الواقـع فان النص الكويتى المشار اليه فيما سبق لم يكتف باشتراط وجـود حـق للحابس على الوجـه المتقـدم وانما كان صريحا فى أن يكون حقـا مستحق الأداء ، بخـلاف النص المقابل فى التقنين المدنى المصرى (م٠ ١/٢٤٦)

V. DRRIDA (F.) : « Retention » Rep. de dr. civ. 1979, t. VII.

(٣٦) راجع نص المـادة ٥٠٣ من القانون المدنى الكويتى بخصوص حق البائع فى حبس المبيع ، والنص المقـابل من القانون المدنى المصرى وهو نص المـادة ٤٥٩ ٠

ولم ينص صراحة على وجوب أن يكون الدائن مستحق الأداء[٣٧] • ومع ذلك فان اجماعا فى الفقــه المصرى على ذلك دون نص • وتطبيقا لذلك لا يقــوم الحــق فى الحبس اذا كان حــق الحابس لدى مدينه مضافا الى أجــل أو معلقا على شرط • ولو كان التزام الحابس تجاه مدينه هــذا مستحق الأداء •

اضافة الى ذلك نجــد الفقه يشترط فى حــق الحابس أن يكون محقق الوجــود أى على معنى الا يكون محــلا لنزاع جــدى • وعلى ذلك فاذا كان المستأجر قــد طالب المؤجر بتعــويض بدعــوى اخلال الأخير بالتزامه بالترميمات الضرورية لمــا جاز للمستأجر أن يحبس الأجرة عن هــذا المؤجر ما دام اخــلاله بالتزامه محــل نزاع مــع هــذا المستأجر[٣٨] •

٩٧ ـ الشرط الثانى :

أن يوجــد على عاتق الحابس التزام تجاه مدينه •

اذ لمــا كان جــوهر الحق فى الحبس يتمثل فى اعطاء الحابس مكنــة الامتنــاع عن تنفيذ التزامه فان المنطق يقضى بأن يشترط لقيــام هــذا الحــق ان يكون هناك التزام على عاتق الحابس حتى يمتنع عن التنفيذ انسجاما مــع جــوهر الحبس على النحــو المذكور •

وعن طبيعة الالتزام على عاتق الحابس ، فان المشرع المدنى الكويتى كان صريحا فى ان يكون التزاما بأداء شىء • وذلك يعنى فى نظرنا – لو اقتصرنا عليــه ـ تضييق نطــاق الحــق فى الحبس بحيث لا ينشأ الا اذا كان الحابس ملتزما بتسليم شىء مادى •

وتقــديرى أن هــذا الشرط الثانى لقيام الحــق فى الحبس يتحقق بوجود التزام على عاتق الحابس أيا كانت طبيعة هــذا الالتزام ، وعلى ذلك يمكننــا

---

(٣٧) ولم يتضمن نص المــادة ٢٤٦ من مشروع تقنين احكام الشريعة الاســلامية فى المعاملات المــالية فى مصر اشــارة صريحة الى شرط استحقاق الأداء ويستوى فى ذلك مــع النص الحــالى •

CARBONNIER : op. cit., n. 84. p. 304 - 305.

أن نتصور تحقق الشرط اذا كان الالتزام على عاتق الحابس التزاما بعمل ٠ مثال ذلك التزام المقاول باقامة بناء حيث يجوز له الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يفى رب العمل بالأجر ٠ اذ المشرع المدنى الكويتى لم يقصد ـ على ما يبدو لنا حصر نطاق الحق فى الحبس على حالة ما اذا كان الالتزام التزاما بأداء شيء مادى ولكنه عرض للوضع الغالب فى هذا الصدد ٠

٩٨ ـ الشرط الثالث :

أن يوجد ارتباط بين حق الحابس والتزامه ٠ Lien de connexité

وقد عرض المشرع المدنى الكويتى لهذا الشرط صراحة على نحو ما أسلفت فى المادة ١/٣١٧ ٠٠ وفحوى هذا الارتباط أن يكون حق الحابس قد وجد مناسبة التزامه ٠ وبعبارة أخرى فانه يتعين وجود ارتباط بين التزامين ، التزام الحابس تجاه مدينه والتزام الأخير تجاه الاول ٠

وبالمقارنة مع النص المدنى المصرى المقابل (م٠ ٢٤٦) نجد اختلافا فى الحكم ٠ فقد تكلم المشرع فى هذا النص عن حق من التزم بأداء شيء فى أن يمتنع عن الوفاء به ٠ « ٠٠ ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ٠٠٠ » ٠

ويبدو أن النص المصرى لا يتكلم ـ فى تقديرنا ـ عن ارتباط بين التزامين كما ذكر النص الكويتى بقدر ما يتكلم عن وجود رابطة سببية بين التزامين ٠

ونرى فى صياغة النص المصرى صياغة معيبة ٠ ويمكن أن ندرك ذلك فى ضوء نتيجة غير مقبولة تؤدى اليها هذه الصياغة ٠ فالسببية على المعنى المذكور ـ فى النص محل النقد ـ يمكن أن تتحقق فى حالة ما اذا نشأ الالتزام عن عقد واحد ملزم للجانبين ٠ ومعنى ذلك حصر نطاق الحق فى الحبس على العقود الملزمة للجانبين مع أن المسلم به أن هذا الحق يمكن أن يكون خارج نطاق الروابط العقدية[٣٩] ٠

---

(٣٩) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٨٢ محمد لبيب شنب ، المرجع السابق هامش رقم (١) ص ٢٨٧ ٠

وعلى أية حال ، فان الارتباط يتخـذ صـورة من اثنتين :

١ ـ الارتبـاط القـانونى : **Connexité Juridique**

ويسمى أيضا بالارتباط المعنوى ويتحقق اذا كان حـق الحابس قـد نشأ وكذا التزامه عن تصرف قانونى • والغالب أن يكون التصرف عبـارة عن عقـد ملزم للجانبين على نحـو ما ذكرنا فى مثال عقـد البيع من قبـل •

٢ ـ الارتبـاط المـادى : **Connexité matérielle**

ويسمى أيضا بالارتباط الموضوعى ونعنى به أن حـق الحابس قـد نشأ وكذا التزامه عن واقعـة مادية • وقـد تنـاول المشرع المدنى الكويتى صـورة للارتباط المـادى فى المـادة ٢/٣١٨ ، وفيها يجـوز لحائز الشيء ـ وهـو ملتزم برده أصـلا ـ أن يقـوم بحبسه حتى يستوفى ما هـو مستحق له من مصروفات انفقهـا على الشيء •

وبطبيعة الحال ، فانه يشترط أن تكون الحيازة مشروعة ، وعلى ذلك فالسارق وهـو ملتزم برد الشيء لا يستفيد من الحـق فى الحبس الذى تنـاوله النص •

المطلب الثانى

آثار الحــق فى الحبس

٩٩ ـ تقســــــيم :

يترتب على الحــق فى الحبس عــدة آثار يمكن أن نقسمها الى طائفتين :
الطائفة الأولى : وتضم الآثار التى تترتب فى العلاقة بين طرفيه ٠
الطائفة الثانية : آثار الحــق فى الحبس بالنسبة للغير ٠
ونخصص لكل منهما فرعا ٠

الفرع الأول

آثار الحــق فى الحبس فى العلاقة بين طرفيه

١٠٠ ـ يرتب الحــق فى الحبس آثارا فى العلاقة بين طرفيه الحابس الذى امتنع عن تنفيذ التزامه من جهة والطرف الآخر دائنه بهــذا الالتزام من جهة أخرى ٠ وتتركز هــذه الآثار فى حقوق والتزامات للحابس وعليه ٠

١٠١ ـ أولا : حقوق الحابس :

ـ من الحقــوق الجــوهرية التى تترتب للحابس حقــه فى الامتنــاع عن تنفيذ التزامه ٠ فاذا كان التزاما بتسليم شىء ـ وهــذا هــو الغالب ـ امتنع عن تسليمه الى من له الحــق فى استرداده ســواء كان المــالك أو غيره ٠ وامتناع الحابس عن تنفيذ التزامه يمتد حتى يقــوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه كاملا أو يقــدم تأمينا كافيا للوفاء ٠ ومن هنا يمكننا القــول بأن امتناع الحابس عن تنفيذ التزامه هــو امتناع مؤقت ومن ثم لا يمكن أن يستمر حتى ينقضى هــذا الالتزام ٠ فالحــق فى الحبس ليس طريقا لانقضاء الالزام بل يعــد وسيلة لتقوية ضمان الدائن وعلى ذلك يؤدى الى وقف التنفيذ دون الانقضاء[٤٠] ٠

---

(٤٠) فى هــذا المعنى : انور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٨٣ ، رقم ٩٦ ٠
محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٢٨٩ ، رقم ٢٩٠ ٠
راجع ايضــا وفى طبيعة الحق فى الحبس ٠
محمد لبيب شــنب ، كيفية اســتعمال الحــق فى الحبس ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العــدد الثانى ، السنة العاشرة ، يوليو سنة ١٩٦٨ ، ص ٤٣٧ ـ ٤٥٣ ٠
انظر بصفة خاصة ، ص ٤٤٢ وما بعــدها ٠

والحق فى الحبس على الوجه المتقدم بخضع لمبدأ عدم التجزئة ٠ على معنى انه اذا استوفى الحابس جزءا من حقه فلا يجبر على تنفيذ التزامه جزئيا بتسليم جزء من الشيء المحبوس ٠ لكن ليس هناك ما يمنع من أن يحكم القاضى بتسليم الشيء كله اذا كان الجزء الباقى من حقه ولم يستوفه وهو يمثل الجزء من الالتزام الذى لم ينفذه المدين قليل الأهمية بالنسبة لباقى الالتزام(٤١) ٠

وهناك ملاحظة هامة يتعين الاشارة اليها ومؤداها : أنه اذا كان الحق فى الحبس يخول الحابس سلطة الامتناع المؤقت عن التنفيذ فانه لا يخوله حق امتياز على الشى المحبوس ٠ وقد جاء المشرع المدنى الكويتى صريحا فى ذلك اذ قال فى المادة ٣٢١ « مجرد الحق فى حبس الشيء لا يعطى الحابس حق امتياز عليه » (مقابلة للمادة ١/٢٤٧ مدنى مصرى) ويتفق فى هذا الحكم مع سائر التقنينات المدنية العربية ويخالفهم فيه المشرع المدنى الاردنى الذى جعل الحابس أحق من باقى الغرماء فى استيفاء حقه(٤٢) ٠

١٠٢ ـ ثانيا : التزامات الحابس :

تناولت المادة ٣١٩ مدنى كويتى ما يترتب على الحابس من التزامات بسبب حبسه الشيء ونوجزها فيما يلى :

١ ـ التزام الحابس بالمحافظة على الشى المحبوس :

يلتزم الحابس بأن يحافظ على الشيء المحبوس عملا بما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٣١٩ مدنى كويتى (م٠ ٢/٢٤٧ مدنى مصرى) ٠ وبطبيعة الحال فانه يلتزم فى ذلك ببذل عناية الشخص المعتاد ٠ وتفريعا عن الالتزام بالمحافظة على الشيء ، فاذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه من الهلاك أو التعيب كان للحابس أن يطلب من المحكمة الاذن له ببيعه دون اذن وينتقل الحق فى الحبس فى الحالين من الشيء الى ثمنه (م٠ ٢/٣١٩ مدنى كويتى) ٠

ويجدر بنا أن نشير هنا الى أن حكم النص الكويتى انما يتميز عن نظيره المصرى بخصوص المسألة وهو نص المادة ٣/٢٤٧ مدنى اذ تكلم المشرع المصرى فى النص الأخير عن امكان قيام الحابس ببيع الشيء المحبوس اذا كان يخشى عليه من الهلاك أو التلف شريطة الحصول على اذن القضاء ، وعلى هذا النحو ، ولما كان اذن القضاء شرطا ضروريا وفى كل الأحوال

---

(٤١) راجع : انور سلطان ، المرجع السابق ٠
عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص ٨٥ ، رقم ٨٢ ٠
(٤٢) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ص ١٨٣ ٠

ليبيع الحابس الشيء المحبوس تجنبا الهـلاك أو التلف يمكننا القـول بأن النص المصرى والحالة هـذه لم يعرض لغرض ينفرد به النص الكويتى دون سائر التقنينات العربية حيث أجيز الحابس بيـع الشيء المحبوس دون اذن من القضاء في حالة الاستعجال اذا كان يخشى عليه من الهلاك أو التعيب على نحـو ما ذكرت منذ قليل • والمشرع المدنى الكويتى بكون بذلك قـد أخـذ في اعتباره – دون غيره – ما قـد يحـدث في العمل حيث لا يتسع الوقت للحصول على اذن المحكمة كما لو ان امين النقـل كان يحبس نوعا من الفاكهة أو الخضروات التى لا تحتمل التأخير الى حين الحصول على اذن القضاء والا تلفت([٤٣]) • وقـد عرضت المـادة ٣٢١ من القانون المدنى الكويتى لفرض الذى فيه يهلك الشيء المحبوس أو يتلف ، فقررت انتقال الحـق في الحبس الى ما يستحق بسبب ذلك من مقابل أو تعـويض على أساس فكرة الحلول العينى •

٢ – التزام الحابس بتقـديم حساب عن غلة الشيء :

عرضت لهـذا الالتزام المـادة ١/٣١٩ مدنى كويتى (م• ٢/٣٤٧ مدنى مصرى) وهـذا الالتزام يفترض في الواقـع أن الشيء المحبوس ينتج غـلة أو ثمـارا • ففى هـذه الحالة يلتزم الحابس بأن يقـدم حسابا عنها لمن له حـق استرداد الشيء • وليس من شـك في أن مفاد ذلك أن الغـلة ليست من حـق الحابس وانمـا تكون لمن له حـق استرداد الشيء • ويلاحظ ان التزام الحابس بتقـديم الحساب لا يعنى ضرورة قيامه بتسليم الغـلة لمن له الحـق فيها • اذ يجـوز له أن يحبسها مثل الشيء المحبوس • وهنا يثـور تساؤل بخصوص الغـلة اذا كان يخشى عليها من الهـلاك أو التعيب ؟

ونرى انه يسرى عليها ما يسرى على الشيء المحبوس ذاته من قواعـد في الحالين • فيجـوز للحابس أن يبيع هـذه الغـلة شريطة الحصول على اذن المحكمة وبدون هـذا الاذن في حالة الاستعجال •

---

(٤٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، مشار اليها من قبل ، الموقع السابق •

الفرع الثانى

آثار الحـق فى الحبس بالنسبة للغير

١٠٣ ـ الراجح لدينا أن الحـق فى الحبس حـق مطلق • ومفـاد ذلك بطبيعة الحال أن الحابس يستطيع أن يتمسك به فى مواجهة من له حـــق استرداد الشيء المحبوس وضـد دائنيه • كذلك للحابس أن يتمسك به فى مواجهة الغير الذى انتقلت اليه ملكية الشيء المحبوس أو كسب عليـه حقـا عينيا آخر سـواء كان قـد كسب هـذا الحـق أو ذاك قبل أو بعـد نشوء الحـق فى الحبس • وعلى ذلك يمكننا القـول بأن الحـق يحتج به فى مواجهة الدائن وخلفـه العام أى الورثة ودائنى هـذا الدائن وكذا الخلف الخاص[٤٤] •

---

(٤٤) قارن : محمد لبيب شنب ، احكام الالتزام ، رقم ٢٩٠ ، ص ٢٩٠ •

المطلب الثالث

انقضاء الحق فى الحبس

١٠٤ ـ ينقضى الحق فى الحبس أما بصورة تبعية لزوال سببه بحصول الحابس على حقه واما بصورة اصلية أى لسبب آخر غير حصول الحابس على حقه[٤٥] .

١٠٥ ـ انقضاء الحق فى الحبس بصورة تبعية :

رأينا أن قوام الحبس امتناع المدين عن تنفيذ التزام يرتبط بالتزام آخر يقع على الدائن بالالتزام الأول حيث لم يعرض تنفيذا ولم يقدم تأمينا للوفاء .

وبدهى ، أن ينقضى الحق فى الحبس تبعا لزوال مبرره . فلو حصل الحابس (وهو المدين الذى امتنع عن تنفيذ التزامه) على حقه الموجود لدى مدينه (أى الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ الحابس) لا نقضى الحق فى الحبس . والأصل وفقا لمبدأ عدم تجزئة الحق فى الحبس كما ذكرنا من قبل ـ أن يحصل الدائن على كل حقه . اذ الحق فى الحبس لا ينقضى بالوفاء الجزئى .

وتجدر الاشارة الى أن انقضاء حق الحابس بسبب آخر غير الوفاء ـ مثل الابراء ـ يؤدى ـ مثل الوفاء ـ الى انقضاء الحق فى الحبس .

١٠٦ ـ انقضاء الحق فى الحبس بصورة اصلية :

اذا كان الحق فى الحبس ينقضى بصورة تبعية أى تبعا لانقضاء حق الحابس فان الحق فى الحبس يمكن ان ينقضى بصورة أصلية مع بقاء حق الحابس قائما . ويكون ذلك لأسباب تخص حق الحبس ذاته ومستقلة بالتالى عن حق الحابس . ونوجز هذه الأسباب فيما يلى :

---

(٤٥) راجع ، السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ١١٨٧ ، رقم ٦٧٩ وما بعدها .

ويلاحظ ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ص ١٨٣ من ان الحق فى الحبس ينقضى فى حالات أخرى لا تحتاج الى نص بشأنها . وتتمثل فى قيام الدائن بتقديم تامين للحابس يكفى للوفاء ، وتتمثل أيضا فى النزول عن الحبس صراحة أو ضمنا . فلو طلب الحابس بيع الشىء بالمزاد استيفاء لحقه تعين تسليم الشىء الى الراسى عليه المزاد .

١ ـ خروج الشيء من يد الحابس :

نصت المـادة ١/٣٢٢ من القانون المدنى الكويتى على ان « ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشيءالمحبوس من يد الحابس »(٤٦) والمعنى الواضـح للنص يؤدى بنـا الى القـول بانقضاء الحـق فى الحبس بموافقة الحابس على خروج الشيء من يده ٠ فلو كان الحابس ملتزما بتسليم شيء وامتنع عن تنفيذ هـذا الالتزام فى نطاق حقـه فى الحبس فان قيامه مختارا بعـد ذلك بتسليم الشيء الى صاحبه انمـا يؤدى الى انقضاء حقـه فى الحبس بعـد نشوئه ٠

ويلاحظ ان خروج الشيء من يد الحابس لا يؤدى الى انقضاء حق الحبس الا اذا كان خروجا اراديا ٠ اذ فى هـذه الحالة يعـد نزولا من الحابس عن حقـه فى الحبس ٠ أما اذا خرج الشيء من يد الحابس رغمـا عنه كأن يكون خرج خلسة دون علمـه فانه يجـوز له عملا بالمـادة ٢/٢٢٥ أن يطلب استرداده خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجـه ٠ ومعنى ذلك أن حـق الحابس فى استرداد الشيء يسقط بأقرب الاجلين ٠

٢ ـ حصول الحابس على تأمين كاف للوفاء بحقه :

اذا حصل الحابس على تأمين كاف للوفاء بحقـه انقضى الحق فى الحبس وبقى حـق الحابس قائمـا حيث يلتزم المدين بالوفاء به ٠ اذ التأمين الكافى يضمن للحابس حقـه مثل الحـق فى الحبس تماما ٠ والتأمين قـد يكون شخصيا مثل الكفالة أو عينيا مثل الرهن (م٠ ١/٣١٨ مدنى كويتى ـ ١/٢٤٦ مدنى مصرى) ٠

١٠٧ ـ أحكام الحـق فى الحبس فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعـة الاسلامية فى المعـاملات المـالية :

اولا : عرضت المـادة ٢٤٦ من المشروع للحـق فى الحبس وشروطه ويجرى نصها على النحو التالى :

« ١ ـ لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يوف بالتزام فى ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به ، ما دام الدائن لم يقـدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه ٠

---

(٤٦) قارن م٠ ١/٢٤٨ مدنى مصرى اذ قالت : « ينقضى الحـق فى الحبس بخروج الشيء من يد حائزه او محرزه » ٠ ويلاحظ فى هـذا الصـدد ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى (ص ١٨٣) من ان الحبس لا يقضى بالضرورة أن يكون الحابس حائزا بالمعنى الفنى لمصطلح الحيـــــازة ٠

٢ ــ ويكون ذلك بوجــه خاص لحائز الشيء أو محرزه ، اذا هــو أنفــق عليه مصروفات ضرورية أو نافعــة ، فان له أن يمتنع عن رد هــذا الشيء حتى يستوفى ما هــو مستحق له ، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمــل غير مشروع » ٠

وهــذا النص المقترح من المشروع انمــا يطــابق حكم المــادة ٢٤٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطــابق المــاده ٣١٨ من القانون المدنى الكويتى وقــد عرضنا للنصين من قبــل عنــد دراسة شروط الحــق فى الحبس ٠

وعلى الرغم من قــولنا بتطــابق النص الكويتى مــــع نص المشروع والنص الحالى للقانون المدنى المصرى ، يلاحظ ما سبق أن ذكرناه بخصــوص اختلاف مفهوم الارتبــاط بين النص المصرى الحالى والنص الكويتى ، ليقــوم هــذا الاختلاف أيضا بين نص المشروع والنص الكويتى ٠

ثانيا : بالنسبة لآثار الحــق فى الحبس وما يخــوله للحابس ، نصــت الفقرة الأولى من المــادة ٢٤٧ من المشروع على أن « مجرد الحــق فى حبس الشيء لا يثبت حــق امتياز عليه » والنص يطــابق الفقرة الأولى من المــادة ٢٤٧ من القانون المدنى المصرى الحالى كما يطــابق نص المــادة ٣٢٠ من القــانون المدنى الكويتى ٠

ويلاحظ أن المشرع المدنى الاردنى ذهب الى القــول بأن الحبس يخــول الحابس امتيازا على الشيء ، جريا على أحكام الفقــه الاسلامى على ما سنرى ٠

وفى اطــار آثار الحــق فى الحبس أيضا ، وما يرتبه من التزامات نصت الفقرة الثانية من المــادة ٢٤٧ من المشروع على التزام الحابس بأن « يحافظ على الشيء وفقــا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقــدم حسابا عن غلته » ٠ ونص هــذه الفقرة يطــابق الفقرة الثانية من المــادة ٢٤٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما يطــابق الفقرة الأولى من المــادة ٣١٩ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقــد عرضنا لهما من قبل ونحن ندرس آثار الحــق فى الحبس بالنسبة لطرفيــه ٠

وفى مجال التزام الحابس بالمحافظة على الشيء ضمن آثار الحــق فى الحبس ايضا ، نصت الفقرة الثالثة من المــادة ٢٤٧ من المشروع على أنه « اذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهــلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعــه وفقا للأحكام المقررة فى رهن الحيــازة ، وينتقل الحق

فى الحبس من الشىء الى ثمنه » · والنص يطـابق الفقرة الثالثة من المـادة ٢٤٧ من القانون المدنى المصرى الحالى · ويختلفان عن النص الكويتى المقابل وهـو نص الفقرة الثانية من المـادة ٣١٩ وقـد سبق لنـا دراسته · وجـوهر الاختلاف ان النص الكويتى قـد انفرد ـ على ما ذكرت من قبل ـ بحكم يجيز

أن النص الكويتى قـد انفرد ـ على ما ذكرت من قبل ـ بحكم يجيز للحابس أن يبيع الشىء المحبوس الذى يخشى عليه من الهـلاك دون اذن المحكمة فى حالة الاستعجال · وهـو حكم لم يرد فى نص المشروع المصرى وقـد خـلا منه أيضا النص الحالى للقانون المدنى المصرى ·

ثالثا : بالنسبة لانقضاء الحـق فى الحبس ، فانه ينقضى بالأسباب الآتيـة فى المشروع ·

١ ـ ينقضى الحـق فى الحبس اذا حصـل الحابس على تأمين كاف للوفاء بحقـه · وهـذا السبب للانقضاء يستخلص من نهاية نص الفقرة الأولى من المـادة ٢٤٦ من المشروع وقـد عرضنا لهـا منذ قليـل ·

٢ ـ ينقضى الحـق فى الحبس بخروج الشىء المحبوس من يد الحابس ·

وفى هـذا تقـول المـادة ٢٤٩ من المشروع :
« ١ ـ ينقضى الحـق فى الحبس بخروج الشىء من يد حائزه أو محرزه ·

٢ ـ ومع ذلك يجـوز لحابس الشىء ، اذا خرج الشىء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، اذا هـو قام بهـذا الطلب خـلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشىء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجـه » ·

والنص يطـابق المـادة ٢٤٨ من القانون المدنى المصرى الحالى والمـادة ٣٢٢ من القانون المدنى الكويتى وقـد عرضنا لهما من قبل ·

ونشير أخيرا ، الى نص المـادة ٢٤٨ من المشروع ويقضى بانتقال الحـق فى الحبس الى ما يحـل محـل الشىء المحبوس حال هلاكه أو تلفـه · والنص لا نظير له فى القانون المدنى المصرى الحالى ، ولكنه يطـابق المـادة ٣٢١ من القـانون المدنى الكويتى ·

المطلب الرابع

فكرة الحــق فى الحبس فى الفقــه الاسلامى

١٠٨ ــ رأينا أن الضمان العام للدائن ومصلحته فى المحافظة عليــه كانت الدافــع للمشرع المدنى فى تقرير وسائل تكفل الحماية لهــذا الضمان العام ممــا يتهــدده من مخاطر ٠ ومن هــذه الوسائل الحــق فى الحبس ٠ وعلى ما أوضحنا من قبــل ، فان القانون المدنى لا يختلف فى ذلك عن الفقــه الاســلامى الذى تكلم عن الضمان العام بمــا يتهــدده من مخاطر وقرر للدائن حقــا على اموال مدينه ٠ وفى هــذا الاطار كان الحــق فى الحبس فى الفقــه الاســلامى وسيلة لحماية هــذا الضمان نقلها عنه المشرع المدنى ٠

١٠٩ ــ تطبيقات الحــق فى الحبس :

وأما عن الحــق فى الحبس حماية للضمان العام فى الفقــه الاسلامى فتوجد عــدة تطبيقات له ٠ من ذلك ما نصت عليه المــادة ٤٥٤ من مرشــد الحيران اذ قالت « للبائع حــق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن اذا كان الثمن كلــه حالا ولو كان المبيع شيئين أو جملة أشياء بصفقة واحــدة وسمى لكل منهما ثمنا فله حبسه الى استيفاء كل الثمن » ٠

وقــد تضمنت المــادة ٣٢٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل حكما يقضى بأنه اذا كان الثمن دينــا حالا وكان غائبا عن المجلس فللبــائع حبس المبيع لقبض الثمن ٠

ويتضــح لنــا من النص ، ان فكرة الحــق فى الحبس معروفة بمضمونها فى الفقــه الاسلامى ٠ اذ تفترض شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر فى نفس الوقت وهنــاك ارتباط بين التزام كل منهما ٠ بحيث يجــوز لايهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ما دام الطرف الآخر لم يعرض الوفاء ٠ وقــد مثل النص

السابق للعلاقة بين البائع والمشترى • حيث أجاز للأول حبس الشيء المبيع حتى يقوم الثانى بالوفاء بالثمن كاملا(٤٧) •

وقد نصت على ذلك أيضا المادة ٢٧٨ من مجلة الأحكام العدلية حين قالت « للبائع فى البيع بالثمن الحال أعنى غير المؤجل أن يحبس المبيع الى أن يؤدى المشترى جميع الثمن » •

وأضافت المادة ٢٧٨ اذا باع أشياء متعددة صفقة واحدة كان له أن يحبس جميع المبيع حتى يقبض الثمن كله •• وللحبس تطبيقات فى الاجارة • منها ما جاء فى المادة ٦٢٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل من أن « للأجير حبس المعمول على أجرته اذا(٤٨) أفلس ربه والا فلا ••• » •

١١٠ ـ شروط الحق فى الحبس وآثاره :

ويمكننا أن نستخلص من النصوص السابقة شروط الحق فى الحبس فى الفقه الاسلامى • ولا يختلف عنه فيها الفقه القانونى • اذ يتعين ان يكون للحابس حق لدى آخر هو فى نفس الوقت دائن للحابس بالتزام يستطيع الأخير الامتناع عن تنفيذه – اعمالا للحق فى الحبس ـ حتى يحصل على حقه •

ويشترط فى حق الحابس أن يكون مستحق الاداء • على نحو ما ظهر لنا من نص مرشد الحيران ونص المجلة • وتأكيدا لذلك نصت المادة ٤٥٨ مرشد الحيران على أنه « اذا كان الثمن مؤجلا فى عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع فلا حق له فى حبس المبيع » ••

---

(٤٧) راجع فى هذا التطبيق للحق فى الحبس فى الشريعة الاسلامية وتطبيقات أخرى •

MILLIOT (L.) « Introduction â l'etude di droit musulman» paris, 1953, n. 749, p. 613.

ويلاحظ أن للشافعية وجهة نظر أخرى وعندهم « يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشترى لأن حق المشترى متعلق بعين وحق البائع فى الذمة فقدم ما تعلق بعين » المهذب • للشيرازى مشار اليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٠٢ ـ وعند المالكية « للبائع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن » قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٧٣ وعند الحنابلة يقول ابن القيم « لا يملك البائع حبس المبيع على ثمنه فالمبيع دخل ملك المشترى وصار الثمن فى ذمته ولم يبق للبائع تعلق بالعين » • اعلام الموقعين ، الجزء الرابع ، ص ٣٢ •

(٤٨) وراجع فى هذه المسألة عند الاحناف المادة ٤٨٢ والمادة ٤٨٣ من مجلة الأحكام العدلية •

واذا كان يتضح لنا حتى الآن اتفاق بين الفقه الاسلامى والقانونى بخصوص شروط الحق فى الحبس وآثاره بصفة عامة ، فاننا نود أن نبرز اختلافا جوهريا بينهما بخصوص الآثار تلك .

وتأكيدا لذلك ذكرت المادة ٣٣١ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل أنه اذا اتفق المتبايعان على تأجيل الثمن فليس للبائع حق حبس المبيع .

اضافة الى ما تقدم ، وفى شروط الحق فى الحبس فى الفقه الاسلامى ، فانه يفترض أن هناك ارتباطا بين التزام الحابس - الذى يمتنع عن تنفيذه اعمالا للحق فى الحبس - وبين التزام آخر يقع على عاتق دائنه بهذا الالتزام الاول(٤٩) .

وعلى ما يبدو لنا ، فان أساس الحق فى الحبس انما يتمثل فى الفقه الاسلامى فى فكرة المساواه بين المتعاوضين(٥٠) .

وتبعا لذلك ، فان ما ينبغى أن يلاحظ ، أن نطاق الحق فى الحبس لا ينحصر - فى هذا الفقه - فى العقود الملزمة للجانبين . فالحق فى الحبس يمكن أن يقوم خارج نطاق العقود أيضا(٥١) .

وغنى عن البيان أن التزام الحابس فى الفقه الاسلامى يتمثل محله غالبا فى تسليم شىء مادى .

وعن آثار الحق فى الحبس ،فالفقه الاسلامى يخول الحابس - على ما مر بنا - سلطة الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يحصل على حقه كاملا . أذ الحق فى الحبس لا يتجزأ(٥٢) .

---

(٤٩) راجع فى الارتباط أساس الحق فى الحبس فى الفقه الاسلامى : السنهورى . مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، مشار اليه من قبل . جـ ٦ ، ص ٢٠٩-٢١٠ ، ص ٢٤٢ ٢٤٣ .

(٥٠) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع . للعلامة الفقيه علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى . الناشر زكريا يوسف . الجزء الخامس . ص ٢٦٢٥ .

(٥١م) ومن تطبيقات تلك ما نصت عليه المادة ٧٦٨ من مرشد الحيران اذ قالت « اذا انهدم بعض الملك المشترك الذى لا يقبل القسمة وأراد احد الشريكين بناءه وامتنع الآخر يجبر على العمارة فان لم يعمر ياذن القاضى للشريك بالعمارة ثم يمنع الآخر من الانتفاع به حتى يؤدى ما يخص حصته من المصاريف ...... » .

(٥٢) راجع فى عدم تجزئة الحق فى الحبس المادة ٢٧٨ من مجلة الأحكام العدلية والمادة ٤٥٥ من مرشد الحيران . وقد عرضنا لهما من قبل .

فاذا كان الفقـه القانونى يكاد يجمع ـ على نحـو ما أسلفت ـ على أن الحـق فى الحبس لا يعطى الحابس امتيازا على سـائر الدائنين فان الفقـه الاسـلامى يختلف . ولعـل فى نص المـادة ٢٩٦ من مجلة الأحكام العـدلية ما يقـدم الدليـل الساطع على ذلك اذ قالت « اذا مات المشترى مفلسا قبـل قبض المبيع وأداء الثمن كان للبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن من تركة المشترى وفى هـذه الصـورة يبيع الحاكم المبيع فيفى دين البائع بتمامه اذا كان بالثمن وفاء بالدين ويعطى الغرماء ما زاد وان بيـع أنقص من الثمن الأصلى أخـذ البائع الثمن الذى بيـع به ويكون فى الباقى كالغرماء » .

والنص على هـذا النحـو يعرض لصـورة يبين منها أن الحـق فى الحبس يخـول صاحبه امتيازا فى استيفاء حقـه على باقى الدائنين . فاذا توفى المشترى ولم يدفـع الثمن كان للبائع حـق حبس المبيع . حتى يستوفى الثمن من تركة المشترى . وفى هـذه الحالة يقـوم القاضى ببيع الشئ وتكون للبائع أفضلية فى استيفاء حقـه على سـائر دائنى المشترى(٥٣) .

١١١ ـ انقضـاء الحـق فى الحبس :

وعن انقضاء الحـق فى الحبس فى الفقـه الاسـلامى فانه ينقضى بحصول الحابس على حقـه كاملا . وينقضى أيضا بخروج الشئ من يد الحابس خروجا اراديا . ولعـل فى نص المـادة ٤٥٩ من مرشـد الحيران ما يدل على ذلك اذ قالت « اذا سلم البائع المبيع قبـل قبض الثمن فقـد أسقط حـق حبسه فليس له بعـد ذلك أن يسترد المبيع وقـد أكدت هـذا المعنى أيضا المـادة ٢٨١ من مجلة الأحكام العـدلية »(٥٤) .

واذا كان القانون الوضعى يتفق مـع الفقـه الاسلامى فى سببى الانقضاء السابقين(٥٥) . الا أن هـذا الفقـه يختلف عنه فى سببين آخرين لانقضـاء الحق فى الحبس .

---

(٥٣) قارن : المـادة ٤٦٤ من مرشـد الحيران .

(٥٤) ونصها كالآتى : « اذا سـلم البائع المبيع قبـل قبض الثمن فقـد أسقط حـق حبسه وفى هـذه الصورة ليس للبائع أن يسترد المبيع من يد المشترى ويحبسه الى أن يستوفى الثمـن » .

(٥٥) راجـع ما سبق بخصوص شرح المـادتين ١/٣١٨ مدنى كويتى ، ١/٢٤٦ مدنى مصرى ، حيث ينقضى حـق الحبس بالوفاء ـ راجـع أيضا المـادتين ١/٣٢٢ مدنى كويتى ، ١/٢٤٨ مدنى مصرى بخصوص انقضاء حـق الحبس بخروج الشئ من يد الحابس . راجـع أيضا المـادتين ٢٤٦ ، ٢٤٩ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية .

السبب الأول يتمثل فى حصــول الحابس على تأمين كاف للوفاء بحقه ٠ وفى هــذا الصــدد فانه ونصوص القانون المدنى صريحة فى انقضاء الحــق فى الحبس بهــذا السبب[٥٦] ٠ قلنا فى نصوص الفقــه الاسلامى ما يؤكد العكس بعــدم انقضــاء الحــق فى الحبس للسبب المذكور ٠ مثال ذلك ما نصت عليه المــادة ٤٥٥ من مرشــد الحيران « لا يسقط حــق البائع فى حبس المبيع بإعطــاء المشترى له رهنــا أو كفيلا ٠٠ الأمر الذى ركزت عليه أيضا المــادة ٢٨٠ من مجلة الأحكام العــدلية بقــولها اعطاء المشترى رهنــا أو كفيلا بالثمن لا يسقط حــق البــائع فى الحبس »[٥٧] ٠

أما عن السبب الثانى فقــد ورد فى نصوص الفقــه الاسلامى دون القانون المدنى الوضعى ، ويتعلق بحــوالة الحق وحــوالة الدين بخصوص الثمن فى البيع ٠ فقــد نصت المــادة ٤٥٦ من مرشــد الحيران فيما يتعلق بحــوالة الحق فى ثمن المبيع على انه « اذا أحال البائع أحــدا على المشترى بكل الثمن أن لم يكن قبض منه شيئا أو بمــا بقى له منه أن كان لم يقبضه كله وقبــل المشترى الحــوالة سقط حــق البائع فى حبس المبيع ٠

أما عن حــوالة الدين بثمن المبيع فقــد نصت المــادة ٤٥٧ من مرشــــد الحيران على انه « اذا أحال المشترى البائع بالثمن كله ان كان كله فى ذمتــه أن كان أدى بعضه وقبل البائع الحــوالة سقط حقــه فى حبس المبيع » ٠

ونود أن ننبه هنا ، الى ملاحظة هامة مؤداها : أن نصوص الأحــكام العــدلية لم تعرض صراحة للحــوالة بخصوص الثمن فى البيع كسبب لسقوط أو انقضاء الحــق فى الحبس الا فى صــورة واحــدة لهــا هى حــوالة الحــق بهــذا الثمن ٠ وجاء ذلك فى المــادة ٢٨٢ اذ قالت « اذا أحال انسانا بثمن المبيع وقبل المشترى الحــوالة فقــد أسقط حــق حبسه ٠٠ »[٥٨] ٠

---

(٥٦) راجــع فيما سبق المــادة ١/٣١٨ مدنى كويتى ، المــادة ٢٤٦ مدنى مصرى فى هــذا الخصــــوص ٠

(٥٧) ويبــدو أن المشرع المدنى الكويتى قــد أخــذ بهــذا الحكم فى المــادة ٥٠٣ اذ قالت : « اذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء فى الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هــو مستحق له ولــو قــدم المشترى رهنــا أو كفالة هــذا ما لم يمنح البائع المشترى أجــلا بعــد البيع » ــ راجــع أيضا المــادة ٤٥٩ مدنى مصرى ٠

(٥٨) وعلى الرغم مما قلناه فى المتن من أن المجلة لم تتعرض فى نصــــوصها صراحة الا لحــوالة الحــق بثمن المبيع ، فى المــادة ٢٨٢ الا أن الأستاذ سليم رستم باز ذهب فى شرحه لهــذا النص الى القــول بأن حــوالة الدين بثمن المبيع أى حــوالة المشترى البائع على رجــل بالثمن يسقط حــق البائع فى الحبس ما دام قــد قبــل الحــوالة ٠ راجــع له شرح المجلة ص ١٤٧ وقــد ســبق الاشــارة اليــه ٠

المبحث الرابع

دعـوى الصـورية(٥٩)

ACTION EN SIMULATION

١١٢ ـ تقسـيم :

نتناول أولا ماهية الصـورية ثم نبين آثارها . وبعـد ان نعرض للصورية في الفقـه الاسلامي في نطاق الحيل الشرعية . ويكون لنـا ذلك في ثلاثة مطالب :

---

(٥٩) نظم القانون المدني المصري الصورية في الفصل الثالث منه ضمن ما يكفل حقـوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان في المواد ٢٤٤ ، ٢٤٥ .

أما المشرع المدني في الكويت فقد حرص على أن تكون احكام الصـورية ضمن احكام آثار العقـد ونظمها في المـادتين ١٩٩ ، ٢٠٠ . وقـد سلك نفس النهج المشروع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المـالية ونظم الصـورية في المـادتين ١٤٨ ، ١٤٩ . وراجـع في الصـورية بصفة عامة :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 272 p. 243 ets.

CARBONNIER : op. cit., n. 39. p. 137 ets.

المطلب الأول
ماهيــة الصــورية

١١٢ مكرر ـ ليس من شك فى أن بيان آثار الصــورية فى مطلب ثان ، انما يتطلب بالضرورة ، وقبل ذلك ، أن تحدد ـ ونحن نتناول ماهيتها ـ تعريفها ، وأنواعها ،وشروط الدعــوى بها ٠

١١٣ ـ أولا : تعريف الصــورية وأنواعها :

يقصــد بالصورية اظهار علاقة قانونية على غير الحقيقة أو هى ســتر الحقيقة وراء مظهر كاذب فالصورية على هــذا النحو تعنى اصطنــاع مظهر كاذب فى تكوين تصرف قانونى وبصفة خاصة ابرام عقــد ٠

وتجىء على نوعــين :

١ ـ الصورية المطلقة : وتنصب على وجــود التصرف ذاته بحيث أن التصرف الظاهر لا يكون له وجــود فى الحقيقة ٠ كما لو باع المدين مالا يملكه بيعا صــوريا غير حقيقى ليصل من ذلك الى جعــل هــذا المــال بمنــأى عن الدائنين وضمانهم العام ٠

٢ ـ الصورية النسبية : وترد على نوع التصــرف او على ركن أو شرط فيه ٠ بحيث تستر تصرفا حقيقيا يختلف عن التصرف الظاهر فى امر ممــا ذكرنا أو اكثر ٠ مثال ذلك ابرام عقــد هبــة فى صــورة بيــع او يذكر فى البيع ثمن اقــل من الحقيقى تهربا من رسوم التسجيل ٠

١١٤ ـ ثانيا : شروط دعــوى الصــورية :

نستطيع أن نحــدد شروط هــذه الدعــوى بالمقارنة مــع شروط الدعــوى البولصية ٠ فاذا كان يشترط فى الدعــوى البولصية أن يكون حق الدائن مستحق الاداء فيكفى فى الصورية ان يكون حــق الدائن خاليا من النزاع ٠

ويباشر الدائن دعــوى الصــورية سواء كان حقــه سابقا او لاحقــا للتصرف المطعون فيــه بخلاف الدعــوى البولصية ٠ وبخلاف الدعــوى البولصية أيضا لا يشترط فى الصورية أن يكون التصرف المطعون فيه قــد أدى الى اعسار من صــدر منه ولا يشترط ان تؤدى الصــورية الى الاضرار بالدائن ٠

كل ما هنالك أن الامر فى الصــورية يفترض وجــود عقــد ظاهر وآخر مستتر مــع اتحــاد الأطراف والموضوعات وان يكون بينهما اختلاف أما من حيث الطبيعة أو من حيث ركن أو شرط ٠

المطلب الثانى

آثار الصــورية

١١٥ – نميز بين آثار الصورية بالنسبة للمتعاقــدين واثرها بالنسبة للغــــــير ٠

وعن أثر الصــورية بين المتعاقــدين :

نصت المــادة ١٩٩ من القانون المدنى الكويتى على أنه « اذا ابرم عقــد صــورى كانت العبره بالحقيقة فيما بين المتعاقــدين والخلف العــام لكل منهما ، وسرى بينهم العقــد المستتر ، اذا توافرت له أركانه ، دون العقد الظاهر » ٠

وهــو ما نصت عليه المــادة ٢٤٥ مدنى مصرى من أنه « اذا ستر المتعاقدان عقــدا حقيقيا بعقــد ظاهر فالعقــد النافــذ فيما بين المتعاقــدين والخلف العام هو العقــد الحقيقى » ٠ فالاصــل أن الصورية بذاتها ليست من أسباب بطلان التصرف وكما هــو واضح من النص فالعبرة بالتصرف الحقيقى ٠ فان كانت الصــــورية مطلقة لكان معنى ذلك العقد الظاهر لا يســـتر أى عقد ٠ ففى البيع الصورى مثلا لا يكون لطرفيه المطالبة بأى حــق(٦٠) ٠

أما اذا كانت الصورية نسبية فالعبرة بالعقــد الحقيقى دون الظاهر على أن تتوافر شروطه والا كان هــذا العقــد باطــلا ٠ وتسرى فيه الأحكام فى حــق طرفى التصرف وكذا خلفهما العام ٠ ويقــع عبء اثبات الصورية على المدعى وفقــا للقواعــد العامة فى الاثبات ٠

---

(٦٠) وقــد نصت على هــذا الحكم المــادة ١٤٨ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المــالية ونصها كالآتى :

« اذا ستر المتعاقــدان عقــدا حقيقيا بعقــد ظاهر فالعقــد النافــذ فيما بين المتعاقــدين والخلف العام هــو العقــد الحقيقى » ٠

وواضح أن هــذه المــادة المقترحة من المشروع تطابق المــادة ٢٤٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المــادة ١٩٩ من القــانون المدنى الكويتى ٠

أثر الصورية بالنسبة للغير :

يقصد بالغير كل شخص لم يكن طرفا فى التصرف الصورى وتكون له مصلحة أما بالاستفادة أو الضرر ٠ ويشمل الغير اى شخص غير المتعاقدين وخلفهما العام ٠ ومنه دائن المتعاقد والخلف الخاص ٠ والغير على هذا المعنى يمكن أن يتمسك بالعقد الظاهر اذا كانت مصلحته فى ذلك على أن يكون حسن النيه ٠ فدائن المشترى فى البيع الصورى له مصلحة فى التمسك بالعقد الظاهر ٠ كذلك يمكن للغير أن يتمسك بالعقد الحقيقى ٠ مثال ذلك دائن البائع فى بيع صورى فله مصلحة فى التمسك بالعقد الحقيقى ٠ وقد نصت على ذلك المادة ١/٢٠٠ مدنى كويتى (م٠ ١/٢٤٤ مدنى مصرى) ٠

فاذا تعارضت المصالح وتمسك أحدهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخر بالعقد الحقيقى كانت الأفضلية لمن تمسك بالظاهر عملا على استقرار المعاملات وحماية له ٠ وهو ما نصت عليه المادة ٢/٢٠٠ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٢/٢٤٤ مدنى مصرى) ٠

ويقع على الغير مدعى الصورية عبء اثباتها ٠ أى عبء اثبات صورية العقد الظاهر ٠ ويكون له ذلك بكل الوسائل[٦١] ٠

---

(٦١) ونصت على هذا الاحكام بخصوص أثر الصورية بالنسبة للمادة ١٤٩ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية كالاتى :

« ١ – اذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النيه أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم ٠

٢ – واذا تعارضت مصالح ذوى الشأن وتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك بعضهم بالعقد المستتر كانت الافضلية للاولين » ٠

المطلب الثالث

الصــورية فى الفقــه الاسلامى

١١٦ ـ الصــورية والحيــل الشرعية :

قلنــا أن الصــورية تعنى فى الفقــه القانونى اصطناع مظهر كاذب فى تكوين تصرف قانونى وعلى الأخص ابرام عقــد ٠ ويشبه ذلك فى الفقه الاسلامى الحيله ٠ اذ يمكن أن نتصــور من خلالها عقــودا صــورية غير حقيقيه ٠ ونذكر فى هــذا الصــدد ما قاله شــيخ الاسلام ابن تيميه(٦٢) فى خصوص التشديد على تحريم الربا ومنــع الاحتيال له بكل الطرق ٠ « وجماع الحيل نوعان : أما أن يضموا الى أحــد العــوضيين ما ليس بمقصود ، أو يضموا الى العقــد عقــدا ليس بمقصود » ومثل للنــوع الثانى بأن « يقرن بالقرض محاباه فى بيــع أو اجاره أو مساقاة ونحــو ذلك ، مثل أن يقرضه ألفا ويبيعه ســلعة تساوى عشرة بمائتين أو يكريه دارا تساوى ثلاثين بخمسة ونحــو ذلك ٠ فهــذا أو نحــوه من الحيل لا تزول به المفسدة التى حرم الله من أجلها الربا » ٠ وجاء فى موقــع آخر لابن تيميه أيضا « لا يجمع بين معاوضه وتبرع لأن ذلك التبرع كان لأجل المعاوضة لا تبرعا مطلقا فيصير جزءا من العــوض ٠ فاذا اتفقا على أنه ليس بعــوض جمعا بين أمرين متنافيين ٠ فان من أقرض رجــلا ألف درهم وباعـــه ســلعة تساوى خمسمائة بألف لم يرض بالاقتراض الا بالثمن الزائد للسلعة ، والمشترى لم يرض يبــذل ذلك الثمن الزائد الا لأجــل الألف التى اقترضها ٠ فلا هــذا باع بيعــا بألف ولا هــذا أقرض قرضــا محضا ؛ بل الحقيقة : أنه أعطــاه الألف والسلعة بألفين ـ وهكذا من أكرى الأرض التى تساوى مائه بألف وأعراه الشجر ، ورضى من ثمرها بجزء من ألف جزء فمعلوم الاضطرار : أنه انما تبرع بالثمرة لأجــل الالف التى أخــذها ، وأن المستأجر انما بذل الألف لأجــل الثمرة ٠ فالثمرة هى جــل المقصود المعقود عليه أو بعضه فليست الحيله الا ضربا من اللعب والا فالمقصود المعقود ظاهرا »(٦٣) ٠ واذا دققنا النظر فى الفروض

---

(٦٢) القواعد النورانية الفقهية لشيخ الاســـلام ابن تيمية ، دار المعــرفة ـ بيروت ١٣٩٩هـ ، ص ١١٩ ـ ١٢٠ ٠

السابقة بأن لنا تصرف ظاهر وآخر خفى . وعلى سبيل المثال فالقرض بزيادة ربا فى الحقيقة وبيع فى الظاهر . وفى هذا الاطار نضيف تطبيقات أخرى للصورية .

١١٧ ـ تطبيقات الصورية فى نطاق الحيل :

فى الاطار السابق للحيل فى الفقه الاسلامى نقدم بعض تطبيقات الصورية .

١١٨ ـ ١ ـ بيع التلجئة :

وهو البيع الذى يضطر اليه المرء لخوف ظالم أو لسبب ضرورى آخر . وهو بيع صورى ظاهر يخفى فى باطنه اتفاقا مخالفا(٦٤) .

وقد عرفت المادة ١٧٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل التلجئة بقولها « التلجئة : هو التقيه باظهار عقد غير مقصود باطنا » . وكما هو واضح من التعريف ، فان استخلاص الصورية فيه لا يحتاج الى كبير عناء . وعلى كل حال فقد أبطل الحنابلة بيع التلجئة(٦٥) .

راجع فى الحيل الشرعية أيضا : الاشتباه والنظائر ، لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٤١١ وقد عرف الحيلة بأنها الحذق وجودة النظر وقال ان المراد بها عنا ما يكون مخلصا شرعيا لمن ابتلى بحادثة دينية ـ راجع أيضا فى الموضوع : محمد عبد الوهاب بحيرى ، الحيل فى الشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى ، ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٤م ـ صبحى محمصانى ، فلسفة التشريع فى الاسلام ، الطبعة الرابعة ، دار العلم للملايين ، بيروت ١٩٧٥ ، ص ٢٤٥ وما بعدها . راجع أيضا المادة ٢١٧ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل فى تعريف الحيلة .

(٦٣) القواعد النورانية الفقهية ، لشيخ الاسلام بن تيمية ، مشار اليه من قبل ، ص ١٤٢ .

(٦٤) راجع فى تفصيل بيع التلجئة تطبيقا للصورية فى الفقه الاسلامى : صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات فى الشريعة الاسلامية ، مشار اليه من قبل ص ٥٢٩ ـ ٥٣٠ .

(٦٥) نصت المادة ٢٣٥ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على ما يأتى : « لا يصح بيع التلجئة فلو اشهد « أنى أبيعه خوفا وتقية » وباعه كان البيع باطلا » .. راجع أيضا من نفس المجلة (م . ٢٣٦ ، م. ١٥٤٦) .

١١٩ ـ ٢ ـ الشـــفعه :

ونشير هنا الى ما نعتقـده أحـد فروض الصـورية فى الفقـه الاسلامى بمناسبة الشفعة ٠ ونصت عليه المـادة ١٤٤ من مرشـد الحيران اذ قالت « اذا أخبر الشفيع بمقـدار الثمن فاستكثره فسلم فى الشفعة ثم تحقق له أن الثمن أقـل ممـا أخبره به فله حـق الشفعة » ولنـا أن نستخلص من أن النص يتنـاول فرض صـورية الثمن فى حالة الشفعة ٠ كما لو اتفق مالك العقـار مـع أجنبى على شرائه بثمن يتحـدد فى العقـد ويفـوق كثيرا القيمة الحقيقية لهذا العقار وصـولا الى منـع الجار من المطالبة بالشفعة ٠

ومن أظهر فروض الصـورية فى الفقـه الاسلامى ، وبخصوص الشـفعة ايضا ، ما جاء فى الاشباه والنظائر لابن نجيم اذ قال « فى الشفعه . الحيـلة أن يهب الدار من المشترى ٠ ثم هـو يوهبـه قـدر الثمن وكذا الصـدقة . أو يقر لمن أراد شراءها بهـا ثم يقر الآخر له بقـدر ثمنها »[٦٦] ٠

ووجـه ذلك أن الشفعة انمـا تكون للجـار فى بيـع العقار ٠ وهـذا هـو المسلم به فى الفقه الاسلامى ٠ وعن طريق الحيلة يستطيع المـالك أن يمنع الشفعة عن الجار ٠ ويكون ذلك بأن يهب العقار لأجنبى ويؤدى الأجنبى له مبلغا فى صورة هبه أيضا ٠ فالتصرف يتضمن فى حقيقته بيعا وفى الظاهر هبة ٠ ولا شـفعة فى الهبـة ٠ ويمكن أن تتأتى الحيلة على ما تقـدم أيضا . وصـولا الى منـع الشفعة عن الجـار . عن طريق اقرار المـالك بأن العقار للأجنبى ويؤدى الأخير للأول مبلغـا من المـال على سبيل الهبة وهـو فى الحقيقة عـوض أو ثمن ٠ وهـذا التصرف هـو فى حقيقته بيـع وفى الظاهر هبة[٦٧] ٠

ويتضح لنـا من ذلك أن هنـاك تصرفا مستترا وآخر ظاهرا وهـو ما تعنيه الصـورية فى التصرفات القانونية ٠

فى موقف الحنفية من بيع التلجئة : راجع : حاشية رد المختار لابن عابدين ، مشار اليـه من قبل . الجزء الخامس ، ص ٢٧٣ ٠ ويقول ابن عابدين « وبيع التلجئة وهو أن يظهرا عقـدا وهما لا يريدانه يلجـأ اليه لخـوف عـدو وهو ليس ببيع فى الحقيقة بـل كالهـزل » ٠

= وفى موقف المـالكية : راجع : قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى . مشاراليـه من قبـل ، ص ٢٧١ ٠

(الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليـه من قبل ، ص ٤١٥ ٠

(٦٧) راجع تطبيقات أخرى ، محمد عبد الوهاب بحيرى ، المرجع السابق ، ص ١٧٢-١٨٣ ٠

المبحث الخامس

شهر الاعسار

LA CONDFITURE

١٢٠ ـ تقسيم :

نظم القانون المدنى المصرى الاعسار المدنى فى الفصل الثالث بخصوص ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان فى المواد ٢٤٩ ، ٢٦٤ ٠ والاعسار المدنى فى القانون يقابل فى الفقه الاسلامى الحجر على المدين المفلس(٦٨) ٠

وفى هذا الاطار نكتفى ـ ولو فى عجالة ـ بالقاء الضوء على شهر الاعسار ونعقب ذلك بايجاز عن الحجر على المدين المفلس فى الفقه الاسلامى ٠ ونخصص لهما مطلبين :

المطلب الأول : شهر الاعسار فى القانون المدنى ٠

المطلب الثانى : الحجر على المدين المفلس فى الفقه الاسلامى ٠

---

(٦٨) ولم ينظم القانون المدنى الكويتى الاعسار ٠ وتبعه فى ذلك المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية على خلاف القانون المدنى المصرى الحالى ٠ فالعمل قد دل على أن نظام الاعسار لم يحقق الغاية المرجوه منه لكثرة نفقاته وقلة جدواه للدائنين الذين يجدون فى دعوى عدم نفاذ التصرف وفى سائر وسائل ضمان التنفيذ ما يغنى عن الحكم بشهر اعسار المدين ، بل قلما يلجأ الى هذه الوسيلة الا من يريد التشهير بمدينه وتجريح سمعته ٠

المطلب الأول

شــهر الاعســار
فــى
القــانون المــدنى

١٢١ ـ يعـد شهر الاعسار من الوسائل التى خـولها القانون المدنى للدائن لكى يضمن تنفيذ المدين لالتزامه ويتمكن من تجنب تصرفاته الضاره • ويفترض مـع هـذه الوسـيلة ـ حيث مجالها الأساسى ـ أن أموال المدين لا تكفى للوفاء بديونه المستحقة الأداء • على حـد قـول المـادة ٢٤٩ مدنى مصرى •• وعلى نحـو ما ذكرت . فان الاعسار يتخـذ صـورة من اثنين •

الأولى : الاعسار الفعلى ويعنى حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين ـ ولو كانت غير مستحقة الاداء ـ على أمواله •

الثانية :الاعسار القانونى : مؤداه أن حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحق الأداء عن أمواله •

ونحن نتكلم . نقصـد الاعسار القانونى(٦٩) •

١٢٢ ـ طلب شــهر الاعسار وشروطه :

غالبا ما يكون طالب الاعسار هـو أحـد الدائنين بهـدف غـل يد المدين عن التصرف فى أمواله اضرارا بهم • على أنه يمكن تصور قيام المدين نفســه بطلب شــهر اعسار فقـد يرى أن الظروف التى تحيط بعـد شــهر اعساره يمكن أن تشفع له أما فى الحصول على آجال جـديدة للديون الحاله وأما فى ســـد الآجال بالنسبة للديون المؤجلة •

وقـد يكون المدين غارقا فى الديون وقـد وقعت عليه الحجوز ممـا أدى الى حجز ايراداته فيكون طلب شــهر أعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة •

وعن شروط شــهر الاعسار فيكفى فيــه أن تفـوق ديون المدين المستحقة الأداء ما له من اموال • وهـذا هـو الاعسار القانونى كما ذكرنا • ويقـع على عاتق طالب شــهر الاعسار أن يثبت ذلك بكافــة أنواع الطرق •

---

(٦٩) راجع : SAVATIER : op. cit., n. 325, p. 390 - 391.

وراجع فى الاعسار بصفة عامة : السنهورى ، الوسيط . جـ ٢ ، رقم ٦٨٧ ، ص ١١٩٠ وما بعدها •

١٢٣ ـ الحكم بشهر الاعسار :

يكون شهر الاعسار القانونى بحكم يصدر من المحكمه المختصه وهى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها موطن المدين • وتنظر المحكمة الدعوى على وجه السرعة (م / ٢٥٠ مدنى مصرى) • ويلاحظ ان المحكمة غير ملزمة باجابة طالب شهر الاعسار القانونى • فللمحكمة سلطة تقدير بموجب المادة (٢٥١) مدنى مصرى يتعين عليها أن تراعى فى اطارها جميع الظروف التى أحاطت بالمدين • سواء كانت ظروف عامة مثل ازمة اقتصادية او حرب أو فيضان أم ظروف خاصة كأن يكون مبذرا •

ومتى كان ذلك ، يتعين على كاتب المحكمة بموجب المادة ١/٢٥٣ ان يسجل صحيفة دعوى الاعسار فى سجل خاص يرتب بحسب اسماء المعسرين وذلك فى اليوم الذى قيدت فيه دعوى الاعسار • وعليه ان يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وكل حكم يصدر بتأييده أو الغائه وذلك كله يوم صدور الحكم • وعلى الكاتب ايضا أن يرسل للجهة المختصة صورة من التسجيلات والتأشيرات لاثباتها فى سجل عام •

١٢٤ ـ آثار الاعسار :

يترتب على الحكم بشهر الاعسار عدة آثار نوجزها فيما يلى :

١٢٥ ـ أولا : سقوط الأجل :

يترتب على الحكم بشهر الاعسار حلول ما فى ذمة المدين من ديون مؤجله (م• ١/٢٥٥ مدنى مصرى) وبهذا يتمكن كل الدائنين بما فيهم أصحاب الديون المؤجلة من التنفيذ على أموال المدين • والقول بغير ذلك يؤدى ولا شك الى تقدم أصحاب الديون مستحقة الأداء • ومع أن سقوط الأجل يبدو للوهلة الأولى أمرا لا مفر منه ، الا أن المشرع أجاز للمدين أن يطلب أجلا بخصوص الديون مستحقة الأداء • واذا كانت الظروف تبرر ذلك فان القاضى يجيبه الى طلبه • (م• ١/٢٥٥ مدنى) •

١٢٦ ـ ثانيا : اتخاذ اجراءات التنفيذ ضد المدين :

باعتبار أن الاعسار المدنى ليس اجراء جماعيا ـ بخلاف الافلاس التجارى ـ ضد المدين فان الحكم بشهر اعسار هذا المدين لا يمنع ـ بحسب الأصل ـ اى دائن من اتخاذ اجراء فردى ضده وصولا الى التنفيذ على امواله • وقد يقال بأن فى ذلك ما يؤثر على المساواة بين الدائنين • والرد على ذلك أمر بسيط اذ أن فى شهر الاعسار من العلانية ما يكفى لكى يعلم كل دائن

بالأمر وينضم الى زميله فى التنفيذ على أموال المدين اذا أراد بطبيعة الحال ٠ ونشير فى هـذا الصـدد الى ما جاء بالمـادة ٢/٢٥٦ مدنى مصرى من عـدم جـواز الاحتجاج على الدائنين ذوى الديون ثابتة التاريخ قبـل تسـجيل صحيفة دعـوى الاعسار بأى اختصاص يقـع على عقارات المدين بعـد هـذا التسـجيل ٠

١٢٧ ـ ثالثا : عـدم نفاذ تصرفات المدين فى مواجهة الدائنين :

اذا سجلت صحيفة دعـوى الاعسار على المدين يترتب على ذلك عـدم سريان اى تصرف يقـوم به ويودى الى انتقـاص حقوقه او زيادة التزاماته ٠ وعلى الرغم من ذلك فقـد أجاز القانون للمدين التصرف فى امواله ولـو بغير رضا الدائنين (م٠ ٢/٢٥٨ مدنى مصرى) شريطة ان يتم التصرف بثمـن المثـل على ان يستعان بالخبراء عند الخلاف وأن يتولى المشترى ايداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقـا للاجراءات المقرره ٠ على أنه اذا نقص الثمن عن ثمن المثل فان التصرف لا يسرى فى مواجهة الدائنين الا اذا قام المشترى بايداع فرق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل ٠ اضافة الى ما تقـدم ٠ وفى التخفيف من شـهر الاعسار على المدين ٠ أجازت المـادة ٢٥٩ مدنى مصرى تقرير نفقـة للمدين اذا أوقـع الدائنون حجزا على ايراده ٠ ويكون اقتطاع النفقة من ايراد المدين المحجوز وليس من رأس المـال ٠

١٢٨ ـ رابعا : تعرض المدين لعقـوبة التبديد :

يتعرض المدين لعقـوبة التبديد فى حالتين (مادة ٢٦٠ مدنى مصرى) :

الأولى : اذا تعمـد الاعسار على سبيل الغش عند مطالبته بالدين بموجب دعـوى وانتهى الأمر بصـدور حكم بالدين ضـده ٠

الثانية : اذا لم يكن أمينا فى مسلكه تجـاه دائنيه بعـد شـهر الاعسار ، كما لو اخفى أمواله هروباً من التنفيذ عليها ٠

١٢٩ ـ خامسا : انتهـاء حالة الاعسار :

قـد تنتهى حالة الاعسار بحكم قضائى أو بقـوة القانون ٠ وتنتهى بالحكم اذا زال سبب شـهر الاعسار (مادة ٢٦١ مدنى مصرى) ويكون ذلك اذا ثبت ان ديون المدين أصبحت لا تزيد عن أمواله أو اذا قام المدين بالوفاء بديونه التى حلت ولا يرجـع حلولها الى شـهر الاعسار ٠٠

وتنتهى بقـوة القانون بانقضاء خمس سنوات على تاريخ التأشـير بالحكم الصادر بشـهر الاعسار (مادة ٢٦٢ مدنى مصرى) وينبنى على انتهاء الاعسار على النحـو المتقـدم ان يكون للمدين التصرف فى أمواله وأن يطلب اعادة الديون التى حـل أجلها بسبب شـهر الاعسار الى أجلها السابق شريطة أن يكون قـد أدى ديونه التى حلت دون أن يكون للاعسار أثر فى حلولها ٠

المطلب الثانى

الحجر على المدين المفلس

فى الفقــه الاســلامى

١٣٠ ـ تقســيم :

فى الحجر على المدين المفلس فى الفقــه الاسلامى نتناول تعريف المفلس والحجر ثم نعرض لشروط الحجر وآثاره ٠

وعلى ذلك تنقسم دراستنا فى هــذا المطلب الى الفروع الآتية :

الفرع الأول : تعريف المفلس والحجر ٠

الفرع الثانى : شروط الحجر ٠

الفرع الثالث : آثار الحجر ٠

الفرع الأول

تعريف المفلس والحجر

١٣١ - ورد تعريف الحجر فى المادة ١٤٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل الشيبانى ، ويراد به « منع المالك من التصرف فى ماله سواء كان هذا المنع من قبل الشارع كالحجر الذى على الصغير والمجنون او من قبل الحاكم كالحجر على المفلس والسفيه » . ويبدو أن المجلة المذكورة قد عرفت الحجر بما يرتبه من أثر بغض النظر عن سببه وكيفية وقوعه . وأثر الحجر يتمثل على ما جاء بالمادة المذكورة فى منع المالك من التصرف فى ماله . سواء كان قد حجر عليه بسبب صغر السن أو الجنون أو لانه مديون مفلس أو لانه سفيه(٧٠) . وقد عرف ابن عابدين الحجر شرعا بأنه « منع من نفاذ تصرف قولى »(٧١) .

---

(٧٠) راجع فى معنى الحجر عند الحنابله ايضا ، كشاف القناع ، للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، ج ٣ ، ص ٤١٦ - وقد ورد فى شرح مجلة الاحكام العدلية للاستاذ سليم رستم : أعلم أن أسباب الحجر ستة . الرق والصغر والجنون وضرر العامه والدين والسفة - راجع ص ٥٣٨ .

(٧١) حاشية رد المختار لابن عابدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء السادس ، ص ١٤٣ وبهذا التعريف أخذت احدى المحاكم الشرعية فى مصر : محكمة تلا الشرعية فى ١٩٥٢/١٢/٤ وقالت : « الحجر فى الشرع منع نفاذ تصرف قولى » . وقد ورد الحكم فى مجموعة مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، احمد نصر الجندى ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ، دار الفكر العربى ، القاهرة . راجع ص ٢٦١ .

وعند الشافعية « أصل الحجر المنع والحظر .... والمحجور عليه ممنوع من التصرف فى ماله . وحجر الحاكم عليه أى منعه من التصرف » .

راجع : النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لمحمد بن احمد بن بطال الركبى ، بذيل صحائف المهذب للشيرازى وقد اشرنا اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٣٥ .

اما عن المفلس فقد عرفته المادة ١٤٥٨ مز مجلة الأحكام الشرعية سالفة الذكر بقولها هو « من لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود » .. ويبين لنا من ذلك أن المفلس هو مديون تزيد ديونه على أمواله(٧٢) .

اما المادة (٩٩٩) من مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت المفلس بقولها « هو من كان دينه مساويا لما له أو أزيد منه ... » .

وبالمقارنة يبين لنا اختلاف بين هذا النص وما سبقه بخصوص تعريف المفلس . ونجمل هذا الاختلاف فنقول : أن النص الثانى قد اعطى للمفلس معنى واسعا يضيق عنه معناه فى النص الأول . وتفسير ذلك أن هذا النص الثانى (مادة ٩٩٩) قد جعل المدين مفلسا اذا زادت ديونه عن أمواله أو اذا كانت مساوية لها . على حين لم يجعل ذلك النص الأول (مادة ١٤٥٨) المدين مفلسا الا فى حالة واحدة تزيد فيها ديونه على أمواله . وقريب منه ما اورده ابن رشد فى بداية المجتهد ونهاية المقتصد من أن « الافلاس فى الشرع يطلق على معنيين احدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون فى ماله وفاء بديونه والثانى ألا يكون له مال معلوم اصلا »(٧٣) .

---

(٧٢) راجع فى المعنى ايضا : كشاف القناع ، للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، جـ ٢ ، ص ٤١٧ .

(٧٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد للامام القاضى ابو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن احمد بن رشد القرطبى . الشهير بابن رشد الحفيد . دار الفكر ، مكتبة الخانجى الجزء الثانى ، ص ٢٣٨ .

الفرع الثانى

شروط الحجر

١٣٢ ـ فى المذهب الحنفى :

يجـوز ـ بناء على قـول الصاحبين ـ الحجر على المدين المفلس بطلب الغرماء[٧٤] ٠ وهـو ما اخـذت به مجلة الأحكام العـدلية فى المـادة (٩٥٩) اذ قالت « للحاكم أن يحجر المديون بطلب الغرماء »[٧٥] ٠٠ ويتضـح لنـا من هـذا النص :

أنه يشترط للحجر على المدين أن يطلب الغرماء ذلك ٠ وفى هـذه الحالة يحكم القاضى بالحجر ٠ ويلاحظ أنه لا يشترط لذلك ـ حسب عموم النص ـ أن يكون المديون مفلسا ٠ ونكتفى للتدليـل على أن أفـلاس المديون ليس شرطا للحجر عليه ـ وهـو مقتضى عموم النص السابق كما ذكرت للتو ـ بنص المـادة (٩٩٨) من مجلة الأحكام العـدلية ٠ وقـد نصت على أنه « لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون فى أداء دينـه مـع قـدرته على الوفاء وطلب الغرماء بيـع ما له وتأدية دينـه حجره الحاكم » ٠ فالحجر وفقـا لمـا يقضى به هـذا النص يمكن أن يقـع على المدين لمجرد المماطلة فى أداء دينه مـع قـدرته على الوفاء وذلك بغض النظر عن افلاسـه من عـدمه ٠

وعلى الرغم من ذلك ، فأنه يبين لنـا من نص المـادة (٩٩٩) من مجلة الأحكام العـدلية المذكورة من قبـل وممـا ورد فى شرح المجلة تعليقا عليها ٠٠ انه لا يجـوز الحجر على المدين ما لم يكن مفلسا[٧٦] ٠

---

(٧٤) راجع شرح المجلة ، مشار اليه فيما سبق ، الموضع السابق ٠

(٧٥) ويذكر الاستاذ سليم رستم أن مجرد دعوى الغرماء لا يكفى بل يجب أن يكون الدين محكوما به ٠

راجع شرح المجلة ، مشار اليه فيما سبق ، ص ٥٥٢ ٠

١٣٣ ـ وعند الحنابلة :

نصت المادة (١٥٠٩) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد ابن حنبل انه « اذا طلب غرماء المفلس ولو بعضهم الحجر عليه لزم الحاكم اجابتهم ولا يحجر عليه دون طلب أحد من الغرماء كما لا يحكم عليه بطلب نفسه » .. وفى ضوء النص ، يمكننا القول بأنه يشترط للحجر على المدين ، وفى المقام الاول ، أن يطلبه الغرماء من الحاكم كلهم أو بعضهم . وعليه فلا حجر دون طلب أحد من الغرماء ولا حجر أيضا بطلب المدين نفسه . وفى المقام الثانى . وكما هو واضح من صدر النص حين قال « اذا طلب غرماء المفلس » فانه يشترط للحجر على المدين أن يكون مفلسا . والمفلس هو من لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود على نحو ما جاءت به المادة (١٤٥٨) من مجلة الأحكام الشرعية بخصوص تعريف المفلس كما عرضنا من قبل . ومما يؤكد افلاس المدين شرطا لا يجوز الحجر عليه دونه ما ذكرناه من قبل بخصوص تعريف الحجر على نحو ما جاءت به المادة (١٤٥٧) . فالحجر وفقا لها عبارة عن منع المالك من التصرف فى ماله سواء كان المنع من قبل الحاكم كالحجر على المفلس والسفيه . والمعنى الواضح لذلك أن منع المدين من التصرف تجنبا للاضرار بدائنيه هو جوهر الحجر والافلاس من مقتضى الحجر .. وتشترط المادة (١٥١٠)من مجلة الأحكام الشرعية فوق ما تقدم أعلان الحجر على المفلس والاشهار عليه ..(٧٧) وفى ذلك يختلف الحنابلة عن الحنفية. فقد ذكر الأستاذ سليم رستم فى شرح مجلة الأحكام العدلية أن الاشهار أى اعلان الحجر ليس بشرط لصحته وانما يفعله القاضى خوفا من الجحود(٧٨) .

ويثور التساؤل بخصوص معنى الافلاس باعتباره شرطا للحجر . فاذا كان مقصود الافلاس كما أسلفنا هو أن تزيد ديون المدين عن أمواله . فاننا نتساءل عما اذا كان المقصود بهذه الديون الحال منها ام المؤجل ؟ .

واجابة عن هذا التساؤل نقول : اذا كان يشترط للحجر طلب الغرماء . فان هذا الطلب يفترض حلول ديونهم ومن ثم فان المقصود بالديون هو الحال

---

(٧٦) راجع المادة (٩٩٩) من مجلة الاحكام العدلية والتعليق عليها . شرح المجلة للاستاذ سليم رستم مشار اليه فيما سبق ، ص ٥٥٥ .

(٧٧) وجاء فى كشاف القناع : « ويستحب الاشهاد عليه لينتشر ذلك . وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عليه عند الحاكم الآخر فلا يحتاج الى ابتداء حجر ثان » الجزء الثالث ، ص ٤٢٣ .

(٧٨) شرح المجلة ، مشار اليه فيما سبق ، ص ٥٥٣ ـ ٥٥٤ .

من مجلة الأحكام الشرعية حين قالت « لا يحـل الدين المؤجـل بجنون المدين منها وليس المؤجـل . ونسوق فى التدليل على ذلك ما ورد بالمـادة (١٥٠٥) ولا تفليسه » وما جاءت به المـادة (١٥٣٧) من مجلة الأحكام الشرعية أيضا حين قالت : « لا يحـل الدين المؤجـل بتفليس المدين ... » . ووجـه الاستدلال فى النصين أنه اذا كان افـلاس المدين لا يؤدى الى حلول ديونه المؤجـله فان مؤدى ذلك أن هـذا الافلاس لا يقـوم بهـذه الديون وانما بالحال منها . وعلى ذلك فالافلاس كشرط للحجر يعنى أن تزيد ديون المدين الحاله عن أمواله .

١٣٤ ـ اما عن الشـافعية :

فقـد جاء فى الاشباه والنظائر للسيوطى فى باب الحجر « أنواعـه ذكر منها فى الروضـة ثمانية حجر الصبى والمجنون ، والسفيه ، والراهن للمرتهن والمريض للورثة ، والمفلس لحـق الغرماء ، والعبد لسيده ، والمرتد للمسلمين .. وزاد السبكى : الحجر على الممتنع من وفاء دينه ، وماله زائد التمسه الغرماء فى الأصح(٧٩) » وقال فى موقـع آخر قال المحاملى فى المجموع : الحجر أربعـة اقسام .... الثالث لا يثبت الا بحاكم ، وفى انفكاكه بدونه وجهان . وهـو حجر المفلس »(٨٠) .

ويتضح لنـا ممـا تقـدم . أنه يشترط فى أفـلاس المدين ومن ثم الحجر عليه ، أن يمتنع المدين عن وفاء دينه . ويصح الحجر عليه ولو كان له مال زائد يكفى للوفاء(٨١) شريطة أن يلتمس الغرماء الحجر من الحاكم .

١٣٥ ـ وعن المـالكية :

« فقـد جاء فى كسبهم أن التفليس هـو خلع الرجـل عن ماله للغرماء ماذا احاط الدين بمـال أحـد ولم يكن فى ماله وفاء بديونه وقام الغرماء عند القاضى

---

(٧٩) الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٤٥٨ .

(٨٠) الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٤٦٠ .

(٨١) قارن : ما جاء بالمهذب للشيرازى فى فقه الشافعية « وان ركبته الديون ورفعه الغرماء الى الحـاكم وسألوه أن يحجر عليـه نظر الحـاكم فى ماله . فان كان له مال يفى بالديون لم يحجر لانه لاحاجة به الى الحجر بل يامره بقضـاء الدين فان كان له مال لا يفى بالديون حجر عليه وباع ما له عليه » ، الجـزء الاول من المهذب ، ص ٣٢٠ ، ٣٢١ .

(٨٢) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٤٦ ـ ٣٤٧ . هـذا ويلاحظ اننا قـد اشرنا فيما سبق الى نفس الموقع من نفس الكتاب فى معرض بيان تصـور الفقه الاسـلامى لدعوى عـدم نفاذ التصرف من قبل .

فانه يجرى فى ذلك على المديان أحكام التفليس وهى خمسة ٠٠٠٠٠ (الرابع) أن يحجر عليه »(٨٢) وتبعا لذلك ، فان مناط الحجر لدى المـالكية أن يحيط الدين بمـال احـد بحيث لا تكفى أمواله للوفاء بديونه وأن يلجـأ الغرماء للقاضى الذى يحكم على المدين بأحكام التفليس ومنها الحجر ٠

وبالمقارنة بين المذاهب الأربعـة بخصوص شروط الحجر يتضح لنـا ما يأتى :

١ ـ أن المذاهب تتفق جميعا على شرط فى الحجر يتمثل فى ضرورة لجوء الغرماء للقاضى وطلبهم الحجر ٠

٢ ـ تختلف المذاهب فيما بينها بخصوص ما اذا كان افـلاس المدين من مقتضى الحجر ٠ وفى هـذا نرى الحنابلة والمـالكية يتفقون على أن الافلاس من شروط الحجر ٠ أما الحنفية ، فان هناك رأيا عبرت عنـه المـادة (٩٩٨) من مجلة الأحكام الدولية لا يستلزم الافـلاس للحجر الى جانب رأى آخر اشرنا اليـه فى شرح هـذه المجلة ويرى عـدم جـواز الحجر على المدين ما لم يكن مفلسا ٠٠ اما الشـافعية ، فنجـدهم فى هـذا الخصوص يخالفون الجمهور فى قولهم بالحجر على المدين الممتنع عن وفاء ديونه ولو كان ماله زائدا ٠

الفرع الثالث

آثار الحجر

١٣٦ ـ عند الحنفية :

يترتب على الحجر أولا منع المدين من التصرف فى أمواله ويظهر ذلك من نص المادة (٩٩٩) من مجلة الاحكام العدلية · ويلاحظ ان هذا الاثر مقصور ـ على حد قول المادة (١٠٠١) من المجلة المذكورة ـ على أموال المدين الموجودة وقت الحجر فقط · ومن ثم فان هذا الاثر لا يشمل أمواله التى تملكها بعد الحجر · هذا بخلاف الحجر للسفه فانه يؤثر فى المال الموجود وقت الحجر والحادث بعده · والفرق أن حجر المديون لحق الغرماء بماله وقت الحجر لا بما يحدث بعده لانه لم يكن موجودا[٨٣] ·

يترتب على الحجر ثانيا بيع اموال المدين المفلس وقسمة الثمن الناتج بين الغرماء وذلك وفقا لما يقضى به حكم المادة (٩٩٩) من مجلة الاحكام العدلية ·

وفى البيع يبدا بما يخشى عليه التوى من عروضه ثم بما لا يخشى عليه ثم بالعقار · ولا يباع على المديون سكنه اذا كان لا يمكن أن يجترئ بما دونه وبه افتى الحامدية [٨٤] · فالمديون لا يكلف أن يسكن بالاجرة ·

ويترتب على الحجر ثالثا : أن ينفق على المحجور المفلس وعلى من لزمته نفقته فى مدة الحجر من ماله (مادة ١٠٠٠ من مجلة الاحكام الغرماء) · وعلة ذلك أن حاجة المحجور عليه مقدمة على الغرماء · ويراد بالنفقة ما يكفيه بدون تقتير فلا ينبغى للقاضى أن يضيق عليه فى نفقته قال فى الخانية المحبوس بالدين اذا كان يسرف فى اتخاذ الطعام يمنعه القاضى عن الاسراف ويقدر له المعروف والكفاف · وكذلك فى الثياب يقتصد فيها ويأمر بالوسط ولا يضيق عليه فى مأكوله ومشروبه وملبوسه [٨٥] ·

---

(٨٣) شرح المجلة ، المشار اليه فيما سبق ، ص ٥٥٦ ·

(٨٤) راجع الأستاذ سليم رستم ، شرح المجلة ، المشار اليه فيما سبق ، ص ٥٥٤ ـ ٥٥٥ ·

(٨٥) راجع الأستاذ سليم رستم ، شرح المجلة ، المشار اليه فيما سبق ، ص ٥٥٦ ·

۱۳۷ ـ عند الحنابلة :

يترتب على الحجر وفى المقام الأول ، منع المالك من التصرف فى ماله وهذا ما قضت به المادة ١٤٥٧ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل ٠ ويقتصر هذا الاثر على اموال المحجور عليه الموجودة وقت الحجر لانه بمجرد الحجر على المفلس يتعلق حق غرمائه بماله الموجود والحادث له بارث أو نحوه وهذا ما نصت عليه المادة (١٥١٢) من مجلة الاحكام الشرعية فى صدورها ٠

وفى المقام الثانى ، يلزم الحاكم ـ حسبما تقضى به المادة (١٥٣١) من مجلة الاحكام الشرعية ـ تقسيم ما كان من جنس الدين من مال المفلس وبيع ما ليس من جنسه بثمن المثل وتقسيمه ولا يشترط استئذان المفلس والغرماء فى ذلك ويستحب احضاره واحضارهم عند البيع (٨٦) ٠

ثالثا : يجب للمفلس ولعياله أدنى نفقة مثلهم من مأكل ومشرب وكسوة وتجهيز ميت بمعروف من ماله حتى يقسم ٠ ويجب أن يترك له ما يحتاجه من مسكن وخادم وآلة وحرفة أو ما يتجر به ان كان تاجرا (مادة ١٥٣٢) من مجلة الاحكام الشرعية ٠

رابعا : من وجد عين ماله لدى المحجور عليه لفلس فهو احق به ٠ فلو وجد عين ما كان باعه مثلا فله استرجاعها (مادة ١٥١٩ من مجلة الاحكام الشرعية) ٠ ولكن يتم الاسترجاع بشروط تضمنتها المواد ١٥٢٠ ـ ١٥٣٠ من المجلة المذكورة ٠

خامسا : لا يحل أجل الدين المؤجل بتفليس المدين (مادة ١٥٠٥ ، ١٥٣٧ من مجلة الاحكام الشرعية) ٠

---

(٨٦) ومن تطبيقات ذلك فى المملكة العربية السعودية ٠ راجع تعميم سماحة رئيس القضاة رقم ٦٨ وتاريخ ١٣٩٣/٣/٧ وموضوعه يتلخص فى أنه « اذا حجر الحاكم على مفلس جاز بيع ماله وقسمت على غرمائه دون حضوره ولكن يحسن وكيل عنه فى ذلك » منشور فى مجموعة الانظمة واللوائح والتعليمات التى تصدرها وزارة العدل الطبعة الاولى ١٣٩٦ : فهرس أهم التعاميم الصادرة بتوقيع سماحة رئيس القضاة والموجودة بادارة الوثائق والبحوث ، ص ١٥٨ ٠

« ١ ـ راعت الشريعة الاسلامية مصالح الغرماء جميعا : فاجازت الحجر على موجودات المدين الثابتة والمنقولة لسداد ديونه سوى ما تدعو اليه حالته الضرورية ٠ اذا تم بيع هذه الموجودات فان قيمتها توزع على الغرماء على قدر استحقاقهم اذا كانت هذه الموجودات غير مرهونة صحيحا ... » ٠

المرجع السابق ، ص ١٢٠ ٠

١٣٨ ـ أما الشافعيـة :

فتتلخص آثار الحجـر لديهم فيما يلى :

أولا : يباع حال المحجور عليه ويقسم ثمنه بين الغرماء محاصة فقـد جاء فى المهـذب للشيرازى « وان ركبته الديون ورفعه الغرماء الى الحاكم وسألوه ان يحجـر عليه ··· فان كان ماله لا يفى بالديون حجر عليه وباع ماله عليه ··»(٨٧)

ثانيا : استرداد من باع عينا من المحجور عليه قبل الافلاس ولم يقبض الثمن · فقـد جاء فى المهذب للشيرازى « وان كان فى الغرماء من باع منه شيئا قبل الافلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئا ووجـد عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع ويرجـع فى عين ماله »(٨٨) ·

أما عن منع المحجور عليه من التصرف فى ماله فهى مسألة خلافيه فى فقـه الشافعيـة ·

١٣٩ ـ ولدى المـالكية يتلخص الحجر فيما يأتى :

أولا : لا ينفـذ شىء من تصرفاته بعـد التفليس سواء كان بعوض أو بغير عـوض ·

ثانيا : يقسم ماله على الغرماء بعـد ان يترك له كسوته وما يأكله اياما هو وأهله · واختلف هل تترك كسوة زوجته وهل يباع عليه كتب العلم ثم يجتمع كل ما وجـد لـه من أصول وعروض وغير ذلك وتباع الاصول والعروض ويقسم المجموع على الغرماء وان كان ماله لا يقوم بالديون تسم قسمة المحاصة والعمل فى المحاصة ان ينظر نسبة ماله من جميع الديون ويعطى كل واحد من الغـرماء بتلك النسبة من دينـه ·

ثالثا : من باع سلعة ثم افلس المشترى أو مات قبل آداء الثمن فله أحوال منها : يكون البائع أحق بسلعته فى فلس المشترى وموته وذلك اذا كانت السلعة

---

(٨٧) المهـذب ، للشيرازى ، جـ ١ ، ص ٣٢٠ ـ ٣٢١ ، أشرنا اليـه فيما سبق وتلنـاه نقـلا عن السنهورى ، مصادر الحـق فى الفقـه الاسـلامى ·

(٨٨) المهـذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٢٩ ·

(٨٩) راجع فى هذه الآثار : بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثانى ، ص ٢٤٠ ـ ٢٤١ ·

باقيــة بيــد البائع • ومنها ايضا أن البائع أحق بالسلعة فى فلس المشترى دون موته اذا كانت السلعة باقية بيــد المشترى ومنها ايضا أن يكون البائع ســواء مع سائر الغرماء فى الموت والفلس اذا كانت السلعة قــد فاتت أو ذهبت •

رابعا : ان تحــل عليه الديون المؤجــلة •

١٤٠ ــ مقارنة بين الحجر فى الفقــه الاسلامى والاعسار المدنى فى القانون :

١ ــ مر بنا أن الاعسار المدنى فى القانون قوامه ان تزيد ديون المدين الحالة على أمواله حيث يطلب الدائنون من القاضى الحكم بشهر الاعسار •

ولا يختلف القانون فى ذلك عن الفقــه الاسلامى فى مجموعه حيث يحجــر على المدين من قبل الحاكم بناء على طلب الغرماء • ولا يختلف فى ذلك الا الشافعية وقــد أجاز بعضهم الحجر على المدين الممتنع عن دفع ديونه ولو كان ماله زائدا كمــا ذكرنا من قبل •

٢ ــ وعن شهر الاعسار فى القانون ، فانه يستجيب لمــا ذهب اليه الحنابلة فى المــادة ١٥١٠ من مجلة الاحكام الشرعية من ضرورة اعلان الحجر على المفلس والاشهار عليه •

٣ ــ يتفق القانون مع الفقــه الاسلامى ، فيما يترتب على شهر الاعسار والحجــر من عــدم سريان تصرفات المدين فى حق الدائنين ، وما يرتبط بذلك من مساواة بينهم • فالحجر اجراء عام بالنسبة للتصرفات الضارة عموما شأنه فى ذلك شأن الاعســار •

٤ ــ يتفق الحجر مع الاعسار فى أن كليهما يسبق التصرف [٩٠]

٥ ــ يبقى القانون ، وقــد اجاز أن يطلب المدين شهر اعسار نفسه ، مخالفا للفقه الاسلامى ، اذ نصت المــادة ١٥٠٩ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمــد بن حنبل على أنه « ٠٠٠٠ ولا يحجر عليه (المفلس) دون طلب أحد من الغرماء ، كما لا يحجر عليه بطلبــه بنفســه » • ونذكر فى هذا المقام بما قاله الاستاذ سليم رستم فى شرح مجلة الاحكام العدلية ، وأوردناه من قبل اذ قال : ان الاشهار اى اعلان الحجر ليس بشرط لصحته وانما يفعله القاضى خوفا من الجحود •

---

(٩٠) راجــع ، محمد زكى عبد البر ، المرجع السابق ، ص ١٤٤٧ •

الباب الثانى

أوصاف الالتزام

Modalités des Obligations

١٤١ – تمهيد وتقسيم :

ذكرنا من قبل أن دراستنا لاحكام الالتزام سوف تشمل دراسة الالتزام فى حياته · فبعد أن يولد الالتزام بنشوئه من مصدره صحيحا تترتب آثاره · وقد عرضنا لهذه الآثار · والاصل فى ذلك ، اى فى انتاج الالتزام لآثاره . ان يكون بسيطا ومنجزا · على معنى أن يكون عبارة عن رابطة بين دائن واحد ومدين واحد وأن يكون واجب التنفيذ فور نشوئه · الا أن ثمة أوصافا قد تلحق بهذا الالتزام اثناء حياته فتعدل ما فى أصله من بساطة وتنجيز · وهذه الاوصاف اما أن تتعلق بوجود الالتزام أو نفاذه واما أن ترد على محله أو تتعلق بأطرافه ·

وما يتعلق بوجود الالتزام أو نفاذه يسمى الشرط والأجل · أما ما يرد على محل الالتزام فانه يجعل الالتزام بدليا أو تخييريا ، أما ما يتعلق من الأوصاف بأطراف الالتزام فيتمثل فى تعددهم يطلق عليه التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام ونخصص لكل منها فصلا على النحو التالى :

الفصل الاول : فى الشرط والاجل ·

الفصل الثانى : فى الالتزام البدلى والتخييرى ·

الفصل الثالث : فى التضامن وعدم القابلية للانقسام ·

الفصل الأول

الشرط والأجل

١٤٢ ـ تقسيم

يمكن أن يلحق الالتزام وصفا يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله أو نفاذه وقد يتمثل فى الشرط أو الاجل ونتكلم أولا عن الشرط ثم عن الاجل ونخصص لكل منهما مبحثا :

المبحث الأول

الشرط

La Condition

١٤٣ ـ نتناول الشرط فى دراستنا فى عدة نقاط :

١ ـ تعريف الشرط وانواعه ٠

٢ ـ ما يجب توافره فى الشرط ٠

٣ ـ آثار الشرط ٠

٤ ـ الشرط فى الفقه الاسلامى ٠

ونخصص لكل منها مطلبا :

المطلب الأول

تعريف الشرط وأنواعه

١٤٤ ـ تعريف الشرط :

الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله (مادة ٣٢٣ مدنى كويتى ـ مادة ٢٦٥ مدنى مصرى) ٠

مثال ذلك لو قال شخص لآخر ابيعك هذا الشيء لو نجحت فى الامتحان ٠ فالنجاح فى الامتحان وهو امر مستقبل وغير محقق الوقوع يعد شرطا للالتزام بالبيع ٠ وعلى ذلك فاذا كان الامر المستقبل محقق الوقوع خرجنا من نطاق الشرط ليكون الالتزام مضافا الى محل ٠ فلو قال شخص لآخر أبيعك هذا الشيء فى أول ربيع الثانى ٠ فباعتبار أن هذا التاريخ أمر مستقبل محقق الوقوع كان الالتزام بالبيع مضافا الى اجل وليس معلقا على شرط ٠

١٤٥ ـ الشرط نوعان (١) :

الاول ـ الشرط الواقف : Condition suspensive

ويكون أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه نشوء الالتزام .

فوجود الالتزام يتوقف على تحققه . كما لو تعهد شخص لولده بأن يهبه مالا معينا اذا نجح فى الامتحان او اذا تزوج . فالنجاح أو الزواج كلاهما شرط يتوقف على تحققه وجود التزام الأب ..

الثانى : الشرط الفسخ : Condition Resolutoire

وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على تحققه زوال الالتزام .

كما لو أوصى رجل لامراته بمال معين اذا لم يتزوج بعد وفاته وانقطعت لتربية أولادها الا أنها تزوجت بعد وفاته .

١٤٦ ـ تمييز الشرط عما يختلط به :

وفى ضوء ما سبق يمكننا ان نميز الشرط بمعناه الصحيح على النحو المتقدم وما يختلط به هذه التمييز يمكن ان يتم فى ضوء حقيقتين : الاولى . ومؤداها ان المصدر الوحيد للشرط يجب أن يكون اراديا . فلا يجد الشرط بالمعنى السابق مصدره فى حكم قضائى أو نص قانونى . أما الثانية فاننا نركز من خلالها على ان الشرط على المعنى سالف الذكر هو أمر عرضى أى خارج عن أركان الالتزام ولا يدخل فى تكوينه . ومن ثم يتصور الالتزام بدونه . اذ الشرط وصف يلحق التزاما اكتملت له عناصر تكوينه . وعلى ذلك يمكننا القول بأنه يستحيل ان ننظر الى عنصر فى تكوين الالتزام على أنه شرط .

فى ضوء الحقيقتين السابقتين ، يجب عدم الخلط بين الشرط باعتباره وصفا للالتزام من جهة وبين ما يطلق عليه فى الفقه شروط ينبغى توافرها لترتيب آثار قانونية معينة من جهة أخرى . مثل اشتراط الاهلية وسلامة الارادة من العيوب باعتبارها من شروط صحة العقد . فهذه الشروط مصدرها القانون بخلاف الشرط باعتباره وصفا فى الالتزام كما ذكرت منذ قليل . كذلك فهذه الشروط تدخل ضمن تكوين العقد وليست أمرا عارضا أو خارجيا بخلاف الشرط كوصف فى الالتزام .

اضافة الى ما تقدم وفى ضوئه ايضا يتعين التفرقة بين الشرط وهو وصف فى الالتزام على المعنى الذى ذكرناه من جهة وبنود العقد التى نسميها شروطا من جهة اخرى . كما لو اتفق المؤجر والمستأجر فى بند فى عقد الايجار على أمور تخص صيانة العين المؤجرة . صحيح أنها قد تتفق مع الشرط كوصف فى الالتزام فى أنها تنشأ عن مصدر ارادى هو الاتفاق .. ولكن يلاحظ أن الشرط كبند فى العقد لا يترتب على تحققه نشوء الالتزام أو زواله .

---

(١) MAZEAUD : op. cit., p. 972, n. 1027.
SAVATIER : op. cit., p. 220, n. 176.

المطلب الثانى
ما يجب توافره فى الشرط

١٤٧ – يجب ان يكون الشرط امرا مستقبلا وغير محقق الوقوع ممكنا ومشروعا اى لا يخالف النظام العام والآداب • ويتعين فوق ذلك الا يكون مناط تحققه لرادة المدين وحدها (٢) ونفصل ما اجملنا :

١٤٨ – يجب أن يكون الشرط أمـرا مستقبلا :

نصت على ذلك المـادة ٣٢٣ مـدنى كويتى (مادة ٢٦٥ مدنى مصرى) وتأسيسا على ذلك ، فاذا كان الوصف الذى لحق الالتزام أمـرا تحقق فى الماضى كان الالتزام منجزا • وبعبارة أخرى ، لو علق الالتزام على امر وقع قبل التطبيق خرج الامر عن نطاق الشرط كوصف فى الالتزام • فلو التزم شخص بأن يهب ولـده مالا حـال نجاحه واتضح انه قـد نجح قبل أن يلتزم الوالد ، كان الالتزام الاخير منجـزا فى نشأته •

١٤٩ – يجب أن يكون الشرط امرا غير محقق الوقـوع :

وقـد نصت على ذلك أيضا المـادة ٣٢٣ مدنى كويتى (مادة ٢٦٥ مـدنى مصرى) وفى ضوئها يمكن القول بأنه اذا لحق الالتزام أمرا مستقبلا باعتباره وصفا فيه ، فانه يخرج عن نطاق الشرط اذا كان محقق الوقوع ويصبح الامـر فى نطاق الاجـل •

١٥٠ – الامـكان :

يجب فى الامـر المستقبل غير محقق الوقوع أن يكون ممكنا فى ذاته (مادة ٢٣٤ مدنى كويتى – مادة ٢٢٦ مدنى مصرى) • ويكون للشرط غير ممكن اذا كان أمـرا مستحيل الوقوع • والاستحالة المقصودة هى الاستحالة المطلقـة •

ويختلف أثر الامر المستحيل تبعا لنوع الشرط • فاذا كان الشرط واقفـا فان الالتزام لا ينشأ فى أى وقت • اذ كيف ينشأ وهذا النشوء معلق على امـر يستحيل وقوعه ؟ أما اذا كان الشرط فاسخا فان الالتزام لا يزول ويبقى قائمـا ويعتبر الشرط غير قائم •

ويلاحظ أنه اذا كان الأمر المستقبل غير محقق الوقوع أمرا يستحيل وقوعه نسبيا،فان نسبية الاستحالة لاتعيب الالتزام اذا غلب على الفكر امكان وقوعها(٣)

---

(٢) SAVATIER : op. cit , n. p. 232-233.

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ص ١٨٤ •

١٥١ ـ ٤ ـ المشروعيــة :

عبرت المــادة ٣٢٥ مدنى كويتى (مادة ٢٦٦ مدنى مصرى) عن المشروعية بقولها أن الامر المستقبل غير المحقق الوقوع يجب الا يخالف النظام العام والآداب والا كان غير مشروع ٠

ويختلف اثر عــدم المشروعية تبعا لنوع الشرط ٠ فاذا كان الشرط واقفا : فان الالتزام لا يقوم أو يعــد معدوما ٠ اذ يبطل لعــدم المشروعية ٠ أما اذا كان الشرط فاسخا : هناك احتمالان :

الاول : ألا يكون المستقبل غير المحقق الوقوع – والذى علق عليــه الالتزام باعتباره شرطا ـ هو السبب الدافع الى الالتزام ٠ وفى هــذه الحالة يبقى الالتزام ولا يزول ويعتبر الشرط غير قائم ٠

الثانى : أن يكون هذا الامر المستقبل غير المحقق الوقوع هو السبب الدافع الى الالتزام فى هــذه الحالة يكون الشرط عنصرا جوهريا فى الالتزام فيبطل الشرط والالتزام ٠

١٥٢ ـ الا تكون ارادة المدين وحدها مناط تحقق الشرط اذا كان واقفا :

ومعنى ذلك انه اذا جاء الشرط – وفحــواه على ما ذكرنا أمرا مستقبلا غير محقق الوقــوع ـ على أساس أن المدين يلتزم اذا شاء أو ان وجـد ذلك مناسبا له كان شرطا باطــلا لا يولــد معــه الالتزام ٠ فالقاعــدة اذن ان الالتزام لا يقــوم اذا اقترن بشرط يتعلق بمحض ارادة الملتزم وكان الشرط واقفـــــا ٠

وخلاصة ذلك بعبارة أخرى أنه يجب فى الشرط الواقف الذى علق عليــه الالتزام ألا يكون شرطا اراديا محضا من جانب المدين ٠

وبمفهوم المخالفــة لحكم النص السابق ، فان الشرط يكونصـــحيحا ولو تعلق بارادة المدين اذا كان فاسخا ، لان الالتزام قــد وجـد صحيحا وتاما وتنطلق ارادة المدين بشأن الابقــاء عليه أو فسخه بخــلاف ما اذا كان الشرط واقفا ويتعلق بمحض ارادة الملتزم ٠ فمن شأن الشرط أن يجعل عقــدة الالتزام منحلة منذ البــداية(٤) ٠

وغنى عن البيان أن الشرط يكون صحيحا بصــفة عامة ولو تعلق بارادة الدائن ســواء كان شرطا فاسخا ام واقفا ٠

---

(٤) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، الموقع السابق ٠

١٥٣ ــ وفى هــذا الصــدد ، يفرق الفقــه الفرنسى بين انواع ثلاثة من الشروط(٥) :

الأول : الشرط الاحتمالى : Condition Casuelle

وعلى حــد قــول المــادة ١١٦٩ من القانون المدنى الفرنسى فهــو شرط يعتمد فى حــدوثه على المصادفة ولا علاقــة له بالمدين أو الدائن · كما لو التزم شخص بنقــل آخر اذا كان الطقس حسنا ويسمح بذلك · وهــو شرط صحيح · مثال ذلك أيضا أن يلتزم شخص بأن يهب مالا لآخر اذا وضعت له زوجتــه طفــلا من الذكــور ·

الثانى : الشرط الارادى : Condition Potestative

هــو الذى يتوقف تحققه على ارادة أحــد المتعاقــدين الدائن أو المدين وذلك على حــد قــول المــادة ١١٧ مدنى فرنسى · ويتخــذ صــوره من اثنتين لــــه ·

فلها أن يكون شرطا اراديا بسيطا Condition simplement potestative

وهــو شرط لا يتوقف على ارادة أحــد الطرفين فقط بل يتوقف أيضا على أمر لا سلطان لأيهما عليه · كما لو التزم شخص بتأجير منزله لو نقــل الى بلد آخر · وهــو شرط صحيح · مثال ذلك أيضا أن يلتزم شخص بأن يهب مالا لآخر اذا تزوج · فالزواج شرط ارادى يتعلق بارادة الدائن أو المدين فوق انه يتعلق بظروف لا سلطان لأيهما عليها ·

أو يكون شرطا اراديا محضا : Condition purement potestative

ويمكن أن يكون مرهــونا فى تحققه بارادة المدين وحــدها · كما لــو التزم شخص ببيع شىء يملكه اذا أراد · وهــذا الشرط باطــل · كمــا يمــكن أن يكون مرهــونا بارادة الدائن · كما لو قال شخص لآخر اعطيك هــذا المــال على سبيل الهبة اذا اردت انت وهــو شرط صحيح ·

الثالث : الشرط المختلط : Condition mixte

وقــد عرفته المــادة ١٧٧١ من القانون المدنى الفرنسى بانه شرط يعتمد فى وقــوعه على ارادة احــد المتعاقــدين وأرادة الغير فى وقت واحــد كما لو اشترط على أحــد العاقــدين التزوج بفتاة معينه وهــو شرط صحيح ·

---

(٥) راجع فى هــذا التقسيم
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 747, p. 359.
SAVATIER : op. cit., n. 178, p. 232.

المطلب الثالث

آثار الشرط

١٥٤ ـ تقسيـــيم :

في بحث آثار الشرط ، نتناول هـذه الآثار في مرحلتين بالنسبة لنـوعي الشرط :

المرحلة الأولى :

ونبحث فيها آثار الشرط في فترة التعليق ونعني بها الفترة التي لم يتحـدد فيها مصير الشرط بعـد • فلم يظهر أنه قـد تحقق أو تخلف • ونفرق بشأنها بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ •

المرحلة الثانية :

ونبحث فيها آثار الشرط بعـد انتهاء فترة التعليق وهي الفترة التي يتبين فيها مصير الشرط محـددا ما بتحققه أو تخلفـه • ونفرق بشأنها أيضا بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ •

ويلاحظ أن هـذه الآثار تخضع لقاعـدة الأثر الرجعي للشرط •

ونبحث الآثار في المرحلة الأولى والثانية ثم نتناول فكرة الأثر الرجعي للشرط •• كل ذلك في فروع ثلاثة :

الفرع الأول

آثار الشرط فى فترة التعليق

١٥٥ ـ اولا : آثار الشرط الواقف :

باعتبار الشرط الواقف أمرا مستقبلا غير محقق الوقـوع يترتب على تحققه وجـود الالتزام فانه ما دام الشرط ـ بهـذا المعنى ـ فى فترة التعليق أى لم يتحـدد مصيره تحققا أو تخلفا فان الالتزام الذى علق عليـه لا يكون موجـودا بيقين وانمـا لا يعـدو فى وجـوده أن يكون محتملا • ويقابل ذلك أيضا حـق الدائن الذى يكون محتملا أيضا • اذ توجـد علاقة قانونية فى هـذه الفترة بين الدائنين والمدين بالالتزام الشرطى فلا يعتبر أيهما من الغـير بالنسبة للآخر(٦) •

وخلاصـة ذلك أنه فى فترة تعليق الشرط الواقف يكون التزام المدين وحـق الدائن فى نطاق الوجـود الاحتمالى • ويترتب على ذلك عـدة نتائج بالنسبة للمدين والدائن •

بالنسبة للمدين :

١ ـ لا يجـوز للدائن أن يباشر اجراءات التنفيذ ضـد المدين لان التزامه غير مؤكد فى وجـوده وانمـا محتمل وبالتالى لا يكون نافـذا •

٢ ـ ليس للدائن أن يطعن فى تصرفات مدينه بالدعـوى البولصيه • لان مجالها الحقيقي يتحـدد بتصرفات نافـذة فيكون استخدام الدعـوى من قبل الدائن لوقف نفـاذها ، والتزام المدين غير نافـذ • وبعبارة أخرى فان امتناع الطعن بالدعـوى البولصيه مبناه أن حـق الدائن غير مستحق الأداء •

٣ ـ اذا قام المدين بالوفاء بالالتزام ـ ووجـوده محتمل ـ كان له أن يسترد ما وفاه باعتباره وفاء بغير مستحق(٧) •

---

(٦) راجـع MAZEAUD : op. cit., p. 973, n. 1031

(٧) راجـع MAZEAUD : op. cit., p. 973, n. 1030

بالنسبة للدائن[8] :

١ ـ اذا كان من غير الجائز للدائن ان يباشر اجراءات التنفيذ ضـد المدين ، فيجوز له ان يتخـذ ما يلزم من الاجراءات التحفظية ما هـو كفيـل بالمحافظـة على حقـه (مادة ٣٢٦ مدنى كويتى ـ مادة ٢٦٨ مدنى مصرى) ٠ مثال ذلك قيـد الرهن أو تجـديده ٠

٢ ـ ما دام أن حـق الدائن احتمالى ولم يتأكد وجـوده بعـد فانه لا يتصـور الحـديث عن بدء سريان التقـادم الزمنى بالنسبة له ٠

٣ ـ يستطيع الدائن حال حياته أن يحـول حقـه هـذا للغير كما ينتقل بوفاته الى الورثة ٠

٤ ـ يكون المدين ملتزما تجاه الدائن باحترام حقـه ٠ وعلى ذلك يكون مسئولا عن كل ما من شأنه أن يحول بطريقة الغش دون تحقق الشرط[9] وقـد نصت على ذلك المـادة ١١٧٨ من القانون المدنى الفرنسى ٠

١٥٦ ـ ثانيا : آثار الشرط الفاسـخ :

ـ كان الشرط الذى علق عليه الالتزام فاسخا كما لو اتفق بائع ومشترى الحصان على انهاء البيع اذا لم يكسب الحصان جائزة سباق معين ٠ يكون الالتزام موجـودا فى فترة التعليق أى قبل ثبوت تحقق الشرط (كسب الجائزة فى السباق) أو تخلفه ٠ ومن ثم يجب على المدين ان يقـوم بتنفيذه والا كان للدائن أن يتخـذ ما يلزم من اجراءات التنفيذ لاجباره عليه ٠ مثال ذلك الطعن فى تصرفات المدين بالدعـوى البولصية وتوقيع الحجز ٠

---

(٨) راجـع النتائج بالنسبة للدائن :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., 754, p. 763-764.

(٩) MAZEAUD : op, cit., n. 1033, p. 974.

الفرع الثانى

آثار الشرط بعد انتهاء فترة التعليق

١٥٧ ـ نقصد بانتهاء فترة التعليق تلك الفترة التى يبين فيها مصير الشرط محددا أما بتحققه أو تخلفه · فالتعليق ينتهى وفقا لما ذكرنا أما بتحقق الشرط أى بوقوع الأمر الذى كان مستقبلا وغير محقق الوقوع · وأما بتخلف الشرط أى بظهور عدم امكان حدوث الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع · وينتهى التعليق بهذه الكيفية بالنسبة للشرط الواقف والفاسخ · ترى ما هى الآثار المترتبة على ذلك ؟

١٥٨ ـ أولا : آثار انتهاء التعليق بالنسبة للشرط الواقف :

اذا انتهى تعليق الشرط الواقف بتحققه ، تأكد التزام المدين فى وجوده بعد ان كان محتملا وكذا حق الدائن · ومؤدى ذلك ببساطه وجوب التنفيذ على عاتق المدين هذا من ناحية وامكان قيام الدائن باجباره عليه من ناحية أخرى · وقد نصت على هذا الحكم المادة ١/٣٢٦ مدنى كويتى بقولها « لا يقوم الالتزام المعلق على شرط واقف الا اذا تحقق الشرط » · (راجع المادة ٢٦٨ مدنى مصرى) ·

ويمكن القول اجمالا بأنه فى حالة تحقق الشرط الواقف تترتب بالنسبة للدائن والمدين عكس ما يترتب من نتائج بالنسبة لهما فى فترة تعليق الشرط الواقف على نحو ما ذكرنا من قبل ·

أما اذا انتهى تعليق الشرط الواقف بتخلفه ، فان الأثر الجوهرى المترتب على ذلك يتمثل فى أن الالتزام المعلق عليه يعتبر وكأن لم ينشأ فى أى وقت · ويستتبع ذلك ـ وبالضرورة ـ انتهاء كل ما اتخذه الدائن من اجراءات استنادا الى الوجود الاحتمالى لحقه وتزول معها آثارها · ونقصد بطبيعة الحال الاجراءات التحفظية التى اتخذها قبل انتهاء التعليق ·

ويلاحظ أن هذه الآثار السابقة تترتب كلها بأثر رجعى من وقت انعقاد التصرف وليس من وقت تحقق الشرط أو تخلفه ·

١٥٩ ـ ثانيا : آثار انتهاء التعليق بالنسبة للشرط الفاسخ :

اذا انتهى التعليق بتحقق الشرط الفاسخ ، فان التزام المدين الذى كان موجودا ومؤكدا فى فترة التعليق يزول • ونصت على هذا الحكم المادة ١/٣٢٧ من القانون المدنى الكويتى • (مادة ٢٦٩ مدنى مصرى) • ويستتبع ذلك أيضا زوال حق الدائن الذى يلتزم بأن يرد للمدين ما حصل عليه منه على سبيل الوفاء •

أما اذا انتهى التعليق بتخلف الشرط الفاسخ ، تأكد التزام المدين ويستمر فى نفاذه بعد أن كان مهددا بالزوال قبل انتهاء التعليق • ويستتبع ذلك أن يستقر أيضا حق الدائن وما كان قد اتخذه من اجراءات وما قام به من تصرفات بشأنه •

ويلاحظ ان هذه الآثار السابقة تترتب كلها بأثر رجعى من وقت انعقاد التصرف وليس من وقت تحقق الشرط أو تخلفه • ويستثنى من الأثر الرجعى فى حالة انتهاء تعليق الشرط الفاسخ بتحققه ما قام به الدائن من أعمال الادارة وبحسن نية قبل انتهاء التعليق • اذ تبقى نافذة رغم زوال حق الدائن (مادة ٢/٣٢٧ مدنى كويتى - مادة ٢/٢٦٩ مدنى مصرى) • فلو كان التزام البائع معلقا على شرط فاسخ وقام المشترى أثناء التعليق وقبل أن ينتهى بتأجير الشىء ثم تحدد مصير الشرط بتحققه ، فانه ، وعلى الرغم من أن ملكية هذا الشىء تعود للبائع ، يبقى نافذا فى حقه باعتباره من أعمال الادارة •

الفرع الثالث

فكرة الأثر الرجعى للشرط

١٦٠ ـ مضمون الأثر الرجعى للشرط :

ضمن المشرع المدنى الكويتى هـذه الفكرة فى المـادة ٣٢٨ (م· ٢٧٠ مدنى مصرى) حين قال :

« ١ ـ اذا تحقق الشرط ، واقفا كان او فاسخا ، استند اثره الى الوقت الذى تم فيه العقـد ، الا اذا تبين من ارادة المتعاقـدين أو من طبيعة العقـد أن وجـود الالتزام او زواله يكون فى الوقت الذى تحقق فيـه الشرط ·

٢ ـ ومع ذلك لا يكـون للشرط أثر رجعى اذا أصـبح محل الالتزام قبـل تحقق الشرط مستحيلا لسبب أجنبى لايد للمـدين فيه » ·

وقد نص المشرع المـدنى الفرنسى على مبـدأ الأثر الرجعى للشـرط فى المـادة ١١٧٩(١٠) ·

وفحـوى فكرة الأثر الرجعى للشرط Retroactvite de la condition يتمثل فى انه اذا تحقق الشرط أو تخلف ، واقفا كان الشرط أو فاسخا فان أثره يستند الى المـاضى أى الى وقت انعقـاد التصرف ·

فلو علق البائع التزامه بنقـل ملكية المبيع على شرط واقف مؤداه سداد المشترى كامل أقساط الثمن وقام المشترى بالسداد تحقق الشرط وانتقلت الملكية الى المشترى ليس من وقت تحقق هـذا الشرط الواقف بالسداد ولكن من وقت ابرام عقـد البيع ·

١٦١ ـ استثناءات على الأثر الرجعى للشرط :

هناك حالات ثلاث ، استثناها النص السابق من الأثر الرجعى للشرط ·

---

(١٠) راجـع SAVATIER : op, cit., n. 777, p. 231-232

الحــالة الأولى :

وفيها أجاز المشرع للمتعاقــدين استبعاد الأثر الرجعى للشرط بالاتفاق على ذلك ، بأن يتفق الطرفان على أن الالتزام يترتب او يزول من وقت تحقق الشرط وليس من وقت انعقــاد العقــد · فالأثر الرجعى للشرط لا يتعلق بالنظام العـــــــام(١١) ·

الحــالة الثانية :

قــد يستبعد الأثر الرجعى للشرط لان وجــوده يتنافى مــع طبيعة العقد · كما لو كان عقــدا زمنيا · فاذا استخدم صاحب عمــل عاملا وعلق استخدامه على شرط واقف فان التزامه باستخدام هــذا العامل لا يكون نافــذا الا من تاريخ تحقق الشرط ولا يتصور ان يعتبر هــذا الالتزام موجــودا من ابرام عقـــد العمـــــــل(١٢) ·

الحــالة الثالثة :

لا يكون للشرط أثر رجعى اذا أصبح محــل الالتزام قبــل تحقق الشرط مستحيلا لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه · فاذا كان الشرط واقفا وهلك محــل العقــد قبــل تحقق الشرط بسبب لا يد للمدين فيه ، فان تبعــة الهــلاك تقــع بعــد تحقق الشرط على المدين فى العقــود التبادلية وعلى الدائن فى العقــود الملزمة لجانب واحــد · واذا كان الشرط فاسخا وهلك محــل العقــد قبــل تحقق الشرط فان تبعــة الهــلاك تقــع بعــد تحقق الشرط على الدائن فى العقــود التبادلية وتقــع على المدين فى العقــود الملزمة لجانب واحــد(١٣) ·

وتطبيقا لذلك فانه لو علق البائع التزامه على شرط فاسخ وسلم المبيع للمشترى ثم هلك الشىء فى يده بسبب لا دخــل له فيه · فاذا تحقق الشرط الفاسخ لا يكون له أثر رجعى ومن ثم يتحمل المشترى تبعــة الهــلاك اذ أن

---

(١١) راجــع MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 758, p. 760
SAVATIER : op. cit., n. 117, p. 232

(١٢) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٣١ ، ص ٣٢٨ ــ ٣٢٩ ·

(١٣) عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، جـ ٢ رقم ٢١ ، ص ١٤ ــ ١٥ · مع ملاحظة الاستثناء المتعلق بأعمال الادارة التى قام بها الدائن فى نطــاق آثار انتهاء تعليق لشرط الفاسخ ، وقــد عرضنا له من قبــل ·

الأثر الرجعى للشرط يقتضى أصـلا اعتبار البيع كأن لم يكن · ومن ثم النظر الى البائع كما لو كان مالكا · واعمال الأثر الرجعى يؤدى بنا الى القـول بأنه يتحمل تبعـة الهـلاك · ولكن والنص المشار اليه مز قبـل قـد استبعد الأثر الرجعى للشرط ، فانه يكون قـد استثنى تبعـة الهـلاك منه · ويترتب على ذلك انه لا يجـوز للمشترى ان يسترد الثمن من البائع ·

١٦٢ ــ الشرط فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المـالية :

أولا : تناولت المـادة ٢٥٠ من المشروع للشرط باعتباره وصفا معـدلا لآثار الالتزام وقالت : « يكون الالتزام معلقـا على شرط اذا كان وجـوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقـوع » · وهـذا النص المقترح من المشروع يطـابق المـادة ٢٦٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المـادة ٣٢٣ من القانون المدنى الكويتى ·

ثانيا : وتنـاول المشروع مقـومات الشرط فى نصين :

الأول : نص المـادة ٢٥١ ويجرى على النحو التالى :

١ ــ يعتبر الالتزام غير قائم اذا علق على شرط مستحيل أو شرط مخالف للنظـام العام أو الآداب ، وكان هـذا الشرط واقفا · اما اذا كان الشرط فاسخا فان الشرط ذاته هـو الذى يعتبر غير قائم ·

٢ ــ ومـع ذلك لا يقـوم الالتزام الذى عـلق على شرط فاسـخ مخالفا للنظـام العام أو للآداب ، اذا كان هـذا الشرط هـو السبب الدافـع الى الالتزام ·

الثانى : نص المـادة ٢٥٢ ويجرى على النحو التالى :

« لا يعتبر الالتزام قائمـا اذا علق على شرط واقف يجعل وجـود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم » ·

والنص الأول يطابق المـادة ٢٦٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المـادة ٣٢٤ من القانون المدنى الكويتى · وقـد عرضنا لهما من قبل ·

أما النص الثانى ، فيطابق المادة ٢٦٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المادة ٣٢٥ من القانون المدنى الكويتى . وعرضنا لهما فيما سبق .

وتتطلب هذه النصوص جميعا فى الشرط ـ وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ـ أن يكون ممكنا ومشروعا وألا يتعلق بمحض ارادة الملتزم اذا كان شرطا واقفا . وقد عرضنا لذلك تفصيلا من قبل .

ثالثا : وفى آثار الشرط الواقف نصت المادة ٢٥٣ من المشروع على أنه « لا ينفذ الالتزام المعلق على شرط واقف الا اذا تحقق الشرط . على انه لا يجوز للدائن ، قبل تحقق الشرط ، ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه » .

وهذا النص المقترح من المشروع يقابل المادة ٢٦٨ من القانون المدنى المصرى الحالى . وقد عرضنا للنص الأخير فيما سبق ونحن نتناول آثار الشرط .

وفى بيان الاختلاف بين النصين ، اقتصر المشروع على القول ـ تطبيقا على النص المقترح ـ بأن كل ما طرأ عليه من تعديل هو لفظى . كما حذف من النص المقترح الاشارة الى عدم قابلية الالتزام للتنفيذ القهرى او الاختيارى والتى يتضمنها النص الحالى سالف الذكر (٢٦٨) .

ولنا أن نقول : ان النص المقترح من المشروع يتضمن تعديلا أساسيا فى حكم النص الحالى من القانون المدنى . اذ منع الدائن بالتزام معلق على شرط واقف من اتخاذ الاجراءات التحفظية وهو أمر يجيزه النص الحالى .

وعلى اية حال ، فان ذلك النص المقترح من المشروع يقابل أيضا المادة ٣٢٦ من القانون المدنى الكويتى . ويسرى هنا أيضا ما قلناه بخصوص الاجراءات التحفظية للدائن بالتزام معلق على شرط واقف . فقد أجازها النص الكويتى ـ على غرار النص الحالى للقانون المدنى المصرى ـ بخلاف نص المشروع سالف الذكر .

واذا كان من تطابق نتحدث عنه ، ويقوم بين النصوص السابقة ، فان محله الحكم الخاص باثر الشرط الواقف قبل تحققه . اذ لا يكون نافذا .
وفى آثار الشرط الفاسخ : نصت المادة ٢٥٤ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ــ يترتب على تحقيق الشرط الفاسخ زوال الالتزام · ويكون الدائن ملتزما برد ما أخـذه فاذا استحال الرد لسبب يرجـع اليـه وجـب عليـه التعـــويض ·

٢ ــ على أن اعمــال الادارة التى تصـــدر من الدائن تبقى نافـذة رغم تحقق الشرط » ·

وهـذا النص المقترح من المشروع انمـا يطابق المـادة ٢٦٩ من القـانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المـادة ٣٢٧ من القانون المدنى الكويتى مـع اختلاف بسيط فى الألفاظ · وقـد عرضنا فيما سبق للنصين الأخيرين ·

رابعا : وجاءت فكرة الأثر الرجعى فى المـادة ٢٥٥ من المشروع اذ قالت :

« ١ ــ اذا تحقق الشرط استند أثره الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام الا اذا تبين من ارادة المتعاقـدين أو من طبيعة العقد أن وجـود الالتزام أو زواله انمـا يكون فى الوقت الذى تحقق فيـه الشرط ·

٢ ــ ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى اذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه » ·

والنص يطابق المـادة ٢٧٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كمـا يطابق المـادة ٣٢٨ من القانون المدنى الكويتى وقـد عرضنا فيما ســبق للنصين الأخيرين ·

المطلب الرابع

الشرط فى الفقــه الاسلامى

١٦٣ ــ يتفق الفقــه الاسلامى على أن العقــد لا يوجــد فى الخارج الا اذا وجــد عاقــد وصيغة « ايجاب وقبول ومحل يرد عليه ويظهر أثر العقد فيه » وعلى الرغم من ذلك فقــد ثار فى هــذا الفقــه خــلاف حــول ما يعــد من هــذه الأمور ركنا فى العقــد · الحنفيه يحصرون أركان العقــد فى الايجاب والقبول · وغير الحنفيه يقــولون أن هــذه الأمور كلها أركان(١٤) ·

ومهما يكن من أمر مثل هــذا الخلاف ، فان صيغة العقــد فى الفقــه الاسلامى قــد تكون منجزة أو معلقــة ، وفى الأخيرة يكون العقــد معلقــا على شرط فما المقصود بالشرط فى الفقــه الاسلامى ، وما هى أنواعه ؟

١٦٤ ــ المقصود بالشرط فى الفقــه الاسلامى(١٥) :

يطلق الشرط عند الفقهاء ويراد به معنى من اثنين(١٦) :

المعنى الأول : التزام المتصرف فى تصرفه بأمر زائد عن أصــل التصرف سواء أكان الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا وسواء أكان فيه منفعــة للملتزم أو لغيره أم لا ·· كما لو التزم البائع بشرط فى البيع يقضى بتسليم المبيــــع ·

المعنى الثانى : وفيــه مقصودنا بالدراسة : الأمر الزائد عن ماهية الفعل وحقيقته الشرعية الذى يتوقف وجــود الفعل على وجــوده ، ويعــدم بعــدمه من غير تأثير لوجــوده فى وجــود ذلك الفعــل ·

والشرط بهــذا المعنى يسمى شرطا جعليا وتحته نوعان(١٧) :

---

(١٤) راجع ، الشيخ مصطفى شلبى ، المدخــل فى التعريف بالفقــه الاسلامى وقــواعد الملكية والعقود فيه ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٣٨٨ ، ١٩٦٩ ، ص ٤١٨ ·

(١٥) راجع فى هــذا بحثنا فى شرط المنع من التصرف بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضــــــعى ·

(١٦) راجع : نظرية الشروط المقترنه بالعقــد فى الشريعة والقانون للشيخ زكى الدين شــعبان ، مشار اليه من قبــل ، ص ٢٩ ــ ٣٤ ·

١ ــ ما كان توقف المشروط فيه على وجــود الشرط بحكم الشارع ووضعه لمــا فى ذلك الشرط من الملاءمة للفعل والكميل له · كالطهارة وستر العــورة شرطين فى الصلاة ، وحــولان الحــول بالنسبة للزكاة · فانه شرط لوجــوبها ·

٢ ــ ما كان توقف المشروط فيه على وجــود الشرط بفعــل المكلف وجعله · كما لو علق المكلف تصرفه على حصول أمر من الأمور المستقبله المحتملة الوقــوع بأداة من ادوات التعليق فى اللغــة ·

وفى هــذا النــوع الثانى تنحصر دراستنا هنا للشرط فى الفقــه الاسلامى باعتباره وصــفا فى الالتزام ويرد على وجــوده · وأطلق الفقهاء على هــذا النوع من الشرط الجعلى « شرطا معلقا » وسموا العقــد الذى يتضمنه « عقــدا معلقــا على شرط » · ومثاله أن يقــول شخص اذا نجحت فى الامتحان تصــدقت بمبلغ كذا على الفقراء ·

اما الشرط بمعناه الأول لدى الفقهاء (الأمر الزائد عن التصرف) فيسمى بالشرط المقيد ولا يدخــل فى دراستنا للشرط باعتباره وصــفا للالتزام[١٨] ·

وما ينبغى أن يلاحظ هــو الفرق بين شرط التعليق وشرط التقييد وبعبارة أخرى يجب أن نفرق بين تعليق العقــد على شرط من جهة واقتران العقــد بشرط مقيد من جهــة أخرى ·

فالعقد المعلق هــو ما رتب وجــوده على وجــود أمر آخر أما لقتران العقد بشرط مقيد فيعنى أن يزاد على العقــد شرط فيــه فائدة لأحــد المتعاقــدين أو غيرهمــا ·

---

(١٧) راجع · الشيخ زكى الدين شعبان ، المرجع السابق ، الموقــع السابق ، راجــع ايضا ، موسوعة الفقــه الاسلامى ، المجلس الأعلى للشئون الاسلامية ، ج ١١ ، مادة اشتراط ص ١٤٠ وما بعــــدها ·

راجع ايضا : الالتزامات فى الشرع الاسلامى ، الجزء الثانى من الأعمال الكاملة للمرحــوم أحمد ابراهيم بك ، ١٣٦٣ هـ ، توزيع دار الانصار بالقاهرة ، ص ١٦٩ وما بعــدها ·

(١٨) راجع فى الموضوع : موسوعة الفقه الاسلامى ، مشار اليها فيما سبق مجلة البحوث الاسلامية ، اللجنة الدائمــة للبحوث العلمية والافتاء ، المجلد الأول ، العــدد الثانى ــ مشار اليهــا من قبــل ·

١٦٥ ــ مقارنة بين الشرط فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى :

ذكرنا ان الشرط باعتباره وصفا فى الالتزام يعنى فى الفقه القانونى أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع • وبهذا لا يختلف عن معناه فى الفقه الاسلامى على نحو ما ذكرنا بالنسبة للنوع الثانى من الشرط الجعلى • ويؤكد ذلك ما ورد فى المادة ٣١٥ من مرشد الحيران من تعريف الشرط والتعليق وتنص على ان « الشرط هو التزام مستقبل فى أمر مستقبل بصيغة مخصوصه • والتعليق هو ترتيب أمر مستقبل على حصول أمر مستقبل مع اقترانه بأداة من أدوات الشرط » •

ويؤكده ايضا ما جاء فى المادة ٣١٧ من مرشد الحيران وقد نصت على أن : « العقد المعلق هو ما كان معلقا بشرط غير كائن او بحادثة مستقبلة •• » •

ويبين من النصين أن شرط التعليق وهو المقصود فى الفقه الاسلامى كوصف فى الالتزام هو عبارة عن أمر مستقبل غير محقق الوقوع •

اضافة الى ما تقدم ، فقد مر بنا أن الشرط باعتباره وصفا فى الالتزام فى الفقه القانونى ، يتنوع الى شرط واقف وشرط ناسخ ، ولا يختلف عن الفقه الاسلامى كثيرا فى ذلك •

اذ الشرط الواقف فى الفقه القانونى يطلق عليه فى الفقه الاسلامى « الشرط المعلق » وقالت عنه المادة ٣١٧ من مرشد الحيران فى عجزها ••• « والمعلق يتأخر انعقاد مسببا الى وجود الشرط فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا الى حكمه (١٩) ألا يتفق معه تعريف الشرط الواقف فى الفقه القانونى على نحو ما عرضنا له من قبل ؟

اما الشرط الفاسخ فى الفقه القانونى ، فلا يعرف بهذه التسمية فى الفقه الاسلامى • اذ الشرط الفاسخ بمعناه فى الفقه القانونى فى بعض صور الشرط المقيد فى الفقه الاسلامى • وهى الصور التى يترتب على تحقق الشرط فيها زوال الالتزام تلقائيا دون لجوء الى القاضى (٢٠)

---

(١٩) وهو نفس المعنى فى المادة ٨٢ من مجلة الاحكام العدلية ونصها كالاتى « المعلق بالشرط يجب ثبوته عند الشرط » •

(٢٠) وقريب منه ، ما نصت عليه المادة ٣٣٤ من مرشد الحيران « ينفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار اذا فسخه من له الخيار قولا أو فعلا ••• » وما نصت عليه ايضا المادة ٣٣٧ من مرشدالحيران • « يتم العقد المشروط فيه الخيار ويلزم بمضى مدة الخيار بدون فسخ لا اجازة للعقد من شرط له الخيار » • الواضح من النصين أن استعمال من شرط له الخيار حقه فى الفسخ أو عدمه يترتب عليه اما فسخ العقد وزوال الالتزام فى حالة استعماله أو تاكيد العقد فى غير ذلك • أليس فى ذلك معنى الشرط الفاسخ فى القانون ؟

مثال ذلك لو شرط الواهب على الموهوب له لا يبيع العين الموهوبة فاذا خالف الاخير الشرط زالت الهبة عند الامامية . وكما لو باع شخص لاخر شيئا على أنه ان لم ينفذ الثمن فى مدة ثلاثة أيام منه فلا بيع بينهما فان تأخر المشترى عن دفع الثمن فى المدة المتفق عليها يترتب عليه زوال البيع عند الحنفية دون حاجة لحكم قضائى[21] .

ويهمنا هنا أن نشير الى موقف الفقه الاسلامى من الشرط المعلق . فقد نصت المادة ٢٥٤ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما يأتى : « البيع المعلق على شرط لا يصح . فلو قال بعت هذا أو اشتريته بكذا ان رضى فلان أو ان قدم ... لم ينعقد . لكن لو قال ان شاء الله صح ... » .

وعما يجب توافره فى الشرط باعتباره وصفا فى الالتزام فلا يختلف فيه الفقه القانونى عما هو مقرر فى الفقه الاسلامى . اذ اشترطت المادة ٣١٨ من مرشد الحيران لصحة التعليق « أن يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا » . وزادت المادة ٣١٩ من مرشد الحيران أيضا « ... والتعليق على مستحيل لغو غير معتبر » .

وكما يبين من النص ، يجب أن يكون الشرط أمرا مستقبلا ويجب كذلك ان يكون ممكنا . أليست هذه الشروط هى التى ينبغى توافرها فى الشرط كوصف فى الالتزام فى الفقه القانونى كما مر بنا من قبل ؟

---

(٢١) راجع هذه الامثلة ومصادرها : الشيخ زكى الدين شعبان ، المرجع السابق ، ص ٣٥ .. ويمكننا أن نقرب منه نص المادة ٣٩٤ من مجلة الاحكام الشرعية « كل من شرط له الخيار ثبت له حق الامضاء والفسخ داخل المدة المعينة وينفسخ العقد بفسخه اما اذا انقضت المدة ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع » .

المبحث الثانى

الأجـــــل

LE TERME

١٦٦ ـ تقسـيم :

ذكرنا فيما سبق أن من أوصاف الالتزام ما يتعلق بوجوده أو نفاذه ، وهى الشرط والاجـل ٠

أما وقد عرضنا للشرط ، فاننا نتناول الاجل فى هـذا المبحث ٠ ونعرض أولا لتعريف هـذا الاجـل وأنواعه المختلفة ثم نتكلم عن آثاره ٠ ثم نعرض للاجـل فى الفقه الاســـلامى ٠

وعلى ذلك تنقسم دراستنا الى المطالب الاتية :

المطلب الاول : تعريف الاجـل وأنواعه ٠

المطلب الثانى : آثار الاجـل

المطلب الثالث : الاجـل فى الفقه الاسلامى

المطلب الأول

تعريف الأجل وأنواعه

١٦٧ ـ أولا ـ تعريف الأجل :

الاجل عبارة عن أمر مستقبل محقق الوقوع يتوقف على تحققه نفاذ الالتزام أو انتهاؤه • (مادة ٣٢٩ مدنى كويتى ـ مادة ١/٢٧١ مدنى مصرى) (٢٢) •

ووفقا لذلك ، يكون التزام الأجل او مضافا الى أجل لو توقف نفاذه أو انقضاؤه على أمر او حادث مستقبل محقق الوقوع • مثال ذلك حلول يوم معين فى المستقبل مثل أول رجب • وقد يترتب على حلول هذا اليوم نفاذ الالتزام فيكون الأجل واقفا وقد يترتب عليه انقضاء الالتزام فيكون الأجل فاسخا • وهنا يثور التساؤل : فيما يتفق الأجل مع الشرط وفيما يختلف عنه ؟ اجابه على هذا التساؤل نقول : يتفق الأجل مع الشرط فى أن كلا منهما أمر مستقبل وعارض اى لا يدخل فى تكوين الالتزام • ومع ذلك فان ثمة اختلافا بينهما • على حين نجد الأجل محقق الوقوع فى المستقبل نجد الشرط غير محقق الوقوع •

١٦٨ ـ ثانيا ـ انواع الأجل :

ينقسم الأجل الى أنواع تتعدد بحسب الأثر والمصدر والتعيين •

فمن حيث الأثر ، ينقسم الأجل الى اجل واقف واجل فاسخ(٢٣) :

فالأجل الواقف ، أمر مستقبل محقق الوقوع يتوقف على تحققه نفاذ التزام كان موجودا • كما لو التزم شخص بأداء مبلغ نقدى لآخر بعد ستة شهور •

---

(٢٢) راجع ، عبد الرازق احمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، جـ ٣ ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، رقم ٤٦ ، ص ٧٦ •

SAVATIER : op, cit., n. 173, p. 226-227

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 727, p. 746

أما الأجل الفاسخ ، فعبارة عن أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على حلوله انقضاء الالتزام • كما لو قام شخص بتأجير سيارته لآخر لمدة شهرين • اذ يترتب على حلول أجل الشهرين انقضاء الاجارة وقد نصت على النوعين المادة ٣٢٩ مدنى كويتى •

١٦٩ ــ من حيث المصدر ، ينقسم الى أجل اتفاقى وقانونى وقضائى[٢٤] :

غالبا ما يتمثل مصدر الأجل فى الاتفاق • وقد يكون صريحا أو ضمنيا • ومثال الأخير الالتزام بتوريد اغذية للمدارس • اذ لا يحل أجل مثل هذا الا مع بدء العام الدراسى •

وقد يرجع الأجل فى مصدره الى القاضى ويكون ذلك فى الحالة التى يمنح فيها المدين مهلة للوفاء بالتزامه اذا كان هناك مبرر من الظروف • والأجل القضائى على هذا النحو يطلق عليه نظرة الميسرة •

أما عن الأجل القانونى ، فانه يكون بنص من المشرع • كما يحدث عندما يمنح المشرع للمدينين مهلة للوفاء بديونهم بسبب ظروف قاهرة مثل الحرب و الأزمات الاقتصادية •

١٧٠ ــ ومن حيث التعيين ، يكون الأجل معينا او غير معين[٢٥] :

على أساس ان الأجل أمر أو حادث مستقبل محقق الوقوع فاما أن يتحدد مقدما وقت وتاريخ ونوع الأمر او الحادث • ليقال أن الأجل معين واما أن يكون هذا التحديد غير ممكن لأن وقت وتاريخ الأمر أو الحادث المستقبل غير معلوم على الرغم من أنه محقق الوقوع ليقال فى هذه الحالة أن الأجل غير معين •ومثال الأول تحديد تاريخ يوم معين ومثال الثانى وفاة انسان ما زال حيا • اذ من غير الممكن ان يعلم الشخص ميعاد وفاته على الرغم من انها أمر مستقبل محقق الوقوع •

MAZEAUD : op, cit., n. 1015, p. 968

SAVATIER : op, cit., n. 173, p. 226

المطلب الثانى

آثار الأجل[٣٦]

١٧١ ـ نفرق بشأن هذه الآثار ، بين ما يترتب منها قبل انقضاء الأجل وما يترتب منها بعد ذلك · فى فرعين :

الفرع الأول : آثار الأجل قبل أن ينقضى ·

الفرع الثانى : آثار الأجل بعد أن ينقضى ·

---

(٣٦) MAZEAUD : op. cit., n. 1019-1024, p. 969-970.
CARBONNIER : o__. cit., n. 61, p. 215-217.

راجع فى آثار الاجل ايضا : السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٦٣ ، ص ٩٧ وما بعدها ·

الفرع الأول
آثار الأجـل قبـل أن ينقضى

١٧٢ ـ يميز فى آثار الأجـل قبـل انقضائه بين الأجـل الواقف والأجـل الفاســـــخ ·

١٧٣ ـ أولا : الأجـل الواقف :

اذا كان الالتزام مضافا الى اجـل واقف فانه لا يكون نافـذا الا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجـل (مادة ١/٣٣٠ مدنى كويتى ـ مادة ١/٢٧٤ مدنى مصرى) ·

ومعنى ذلك ببساطه أنه قبل انقضاء الأجـل يكون الالتزام موجـودا ولكنه غير نافـذ اى غير مستحق الأداء ·· ويترتب على وجـود الالتزام غير نافـذ عـدة نتائج نوجزها فيما يلى :

١ ـ لا يجـوز للدائن أن يجبر المدين على الوفاء ما دام الأجـل لم ينقض · اذ يتعين لذلك أن يكون حـق الدائن مستحق الأداء وهـو غير ذلك بيقين لأن الأجـل لم ينقض · كل ما هنالك وحسبما صرحت به المـادة ٢/٣٣٠ مدنى كويتى أنه يجـوز لهـذا الدائن أن يتخـذ ـ وقبل أن ينقضى الأجـل ـ من الاجراءات ما يحافظ به على حقــه كأن يطالب بتأمين اذا كان يخشى ، ولأسباب معقـوله ، اعسار المدين او افلاســه ·

٢ ـ ارتباطا بمــا تقـدم وتفريعا عنه ، وما دام حـق الدائن غير مستحق الأداء لأن الأجـل لم ينقض ، فان التقــادم الزمنى لا يبـدأ فى السريان بحـق الدائن ، وهـذا بدهى ، اذ يقتضى التقادم لبدء سريانه ، أن يكون فى استطاعة الدائن أن يطالب بحقه ، وذلك لا يمكن أن يتحقق الا بعـد انقضاء الأجـل ·

٣ ـ اذا قام المدين بالوفاء والأجـل لم ينقض بعـد ، لا يجـوز له أن يسترد ما وفاه شريطة أن يكون على علم بعـدم انقضاء الأجل والا كان له أن يســـــترد ·

٤ ـ لا تقـع المقاصــه بين حـق الدائن وحـق آخر · كما انه ليس فى مكنة الدائن أن يطعن فى تصرفات المدين بالدعـوى البولصية ·

١٧٤ ـ ثانيا : الأجـل الفاسـخ :

اذا كان الالتزام مضافا الى اجـل فاسخ ، كان هـذا الالتزام ـ على خلاف ما اذا كان الأجـل ـ موجـودا ونافـذا ، وان كان زواله امرا محققا بحلول هـذا الأجـل · ولمـا كان حـق الدائن مستحق الأداء لانه نافـذ فانه يستطيع مطالبة المدين بالوفاء ، ويسرى التقــادم بحقــه وله أن يطعن فى تصرفات هـذا المدين بالدعـوى البولصيــه ·

الفرع الثانى

آثار الأجـل بعـد أن ينقضى

١٧٥ ـ لما كانت هـذه الآثار مرهـونة فى حـدوثها بانقضاء الأجـل فان المنطق يقضى بالتعرف أولا على كيفية انقضاء الأجـل وذلك ببيـان أسبابه قبـل أن تعرض لهـذه الآثار ٠

١٧٦ ـ اولا : أسباب انقضاء الأجـل :

ينقضى الأجـل بسبب ضمن ثلاثة أسباب رئيسية تؤدى الى ذلك ٠ اذ ينقضى بحـلوله او بالنزول عنـه أو بسقوطه ٠

١٧٧ ـ ١ ـ حـلول الأجـل :

اذا كان الالتزام مضافا الى أجـل ، فانه يحـل بحـدوث الأمر المستقبل الذى كان محقق الوقـوع ٠ فاذا كان معينا ، أى محـدد الوقت والتاريخ مثل حلول أول يوم فى شـهر معين ، حـل الأجـل بحـلول هـذا اليوم ٠ واذا لم يكن معينا ، أى غير محـدد بوقت ولا تاريخ على نحـو ما ذكرنا بخصوص ما اذا كان الأجـل هـو موت شخص ما زال على قيـد الحياة ، يحـل الأجـل بحـدوث الوفاة ٠ ويلاحظ أن المـادة ٣٣٣ مدنى كويتى قـد نصت على حـلول الدين المؤجـل بموت المدين الا اذا كان مضمونا بتأمين خاص او قـدم الورثة ضمانا كافيا ٠ وهـو حكم مأخـوذ عن الفقه الاسلامى ٠

١٧٨ ـ ٢ ـ النزول عن الأجـل :

ينقضى الأجـل بالنزول عنه ٠ وينبغى ـ وهـذا بدهى ـ أن يكون النزول ممن له الحـق فيه ٠ وصاحب الحـق فى النزول هـو مز كان الأجـل لمصلحته[٢٧] وغالبا ما يكون الأجـل لمصلحة المدين ولكن يمكن أن يتمحض لمصلحة الدائن كما هى الحال فى الوديعـة كما يمكن أن يكون لمصلحة الدائن والمدين معـا ٠ ولا يملك التنازل فى الحالة الأولى الا المدين وفى الثانية الدائن ٠ أما فى الحالة الثالثة فلا يمكن النزول عن الأجـل الا باتفاق الدائن والمدين ٠ وفى هـذا الصـدد نصت المـادة ٣٣١ من القانون المدنى الكويتى على ما يأتى :

---

(٢٧) عبد المنعم البدراوى ، النظرية العـامة للالتزامات ، جـ ٢ ، احكام الالتزام ، النهضـة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨ ، رقم ١٩٦ ، ص ٢٤٣ ٠

« ١ ـ يفترض فى الأجـل الواقف انه ضرب لمصلحة المدين الا اذا نص القانون أو تبين من العقـد أو من الظروف انه ضرب لمصلحة الدائن او لمصلحة الطرفين معـا ٠

٢ ـ واذا تمحض الأجـل لمصلحة أحـد الطرفين جاز له أن ينزل عنه » ٠

١٧٩ ـ ٣ ـ سـقوط الأجـل :

حصرت المـادة ٣٣٢ مدنى كويتى (مادة ٢٧٣ مدنى مصرى) أسـباب سـقوط الأجـل ، وقبـل أن نعرض لهـذه الأسباب نود أن نشير ـ كما يبين لنا من النص ـ الى ملاحظـة هامة مؤداها : أن السقوط مقصور على الأجـل الواقف ٠ اذ الأجـل الفاسخ لا يسقط ، وعن أسباب السقوط نذكرها على النحو التـالى :

(أ) يسقط حـق المدين فى الأجـل الواقف اذا حكم بافلاسـه ونصت على ذلك المـادة ٣٣٢/أ مدنىكويتى ٠ والظاهر أنه يختلف عن النص المقابل فى القانون المدنى المصرى ٠ فقـد نصت المـادة ١/٢٧٣ منه على سـقوط حـق المدين فى الأجـل اذا شـهر افلاسه او اعساره وفقا لنصوص القانون ٠ ومفهوم ذلك سـقوط الأجـل بشـهر الافـلاس اذا كان المدين تاجرا وبشهر الاعسار اذا لم يكن كذلك ٠ وغنى عن البيان أن شـهر الاعسار يختلف عن شـهر الافـلاس ٠ فقـوام الأخير تصفية جماعية لأموال المدين التاجر بخـلاف الأول وهـو عبارة عن اجراء فردى ضـد مدين غير تاجر ٠

ويرجـع سـقوط الأجـل بهـذا السبب الى أن الدائن قـد رضى الأجـل استنادا الى يسار المدين ، ولو بقى الأجـل على الرغم من الافلاس او على الرغم من شـهر الافلاس أو شـهر الاعسار كانت النتيجة غير عادلة ٠ اذ يستفيد فقط أصحاب الديون التى حلت وربمـا تستغرق حقـوقهم كل أموال المدين ولا يبقى شئ لأصحاب الديون المؤجله ٠

(ب) يسقط حـق المدين فى الأجـل الواقف ايضـا اذا أضعف بفعله الى حـد كبير ما اعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هـذا التأمين قـد أعطى بعقـد لاحـق او بمقتضى القانون وهـذا ما لم يختر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ٠ أما اذا كان أضـعاف التأمين يرجـع الى سبب لا دخـل لارادة المدين فيـه فان الأجـل

يسقط ما لم يقــدر المدين للدائن تأمينا كافيا (مادة ٣٣٢/ب مدنى كويتى ـ مادة ٢٧٣ مدنى مصرى) • والفرض أن حــق الدائن مؤجــل ومضمون فى نفس الوقت بتأمين خاص قــدم له ســواء كان التأمين مصـــدره الاتفــاق كالرهن أو القــانون كالامتياز • فاذا اضعف التأمين الى حــد كبير ، يجب التفرقة : أن يكون الاضعاف بفعل المدين وفى هــذه الحالة يسقط الأجــل حيث يستطيع الدائن ان يطالب بالوفاء الفــورى بالالتزام • ومع ذلك فقــد أعطى المشرع للدائن الخيــار بين ســقوط الأجــل أو الابقــاء عليه ومطالبة المدين بتكملة التأمين الذى ضــعف •

أما اذا كان اضعاف التأمين يرجــع الى سبب لا دخــل لارادة المدين فيه فان الأجــل يسقط لكن المدين يستطيع تجنب ذلك اذا قــدم ضمانا كافيا • فالخيار هنا للمدين بخــلاف الحالة الســــــابقة •

ويلاحظ أن المشرع تطلب ان يكون اضعاف التأمين الى حــد كبير بحيث يصبح فى قيمته أقــل من قيمة الدين • فالاضــعاف اليسير لا يكفى •

ويجب فــوق ذلك أن يكون الاضعاف بفعــل المدين كما لو كان التأمين رهنــا على عقــار يملكه وتصرف فيــه بالبيع وتم التسجيل بعــد ابرام الرهن وقبل القيد • فالرهن على هــذا النحــو لا قيمة له كتأمين •

وكما رأينا ، فان الاضعاف قــد يرجــع الى سبب لا دخــل لارادة المدين فيه كما لو تهــدم المرهــون بفعــل زلزال مثلا • وعلة ســقوط الأجــل ترجــع الى اعتماد الدائن على التأمين الخاص عنــدما رضى الأجــل •

(جـ) اضافة الى ما تقــدم ، يسقط حــق المدين فى الأجــل الواقف أيضا اذا لم يقــدم للدائن ما وعــد فى العقــد بتقــديمه من تأمينات •

فاذا كان المدين قــد وعــد الدائن فى العقــد المنشىء للالتزام بتقــديم تأمين يضمن الوفاء بالحــق المؤجــل ولم يف هــذا المــدين بوعــده ، ســقط الأجــل • وعــلة ذلك أن الدائن ربما اعتمد على الوعــد بالتأمين من المدين ، واخــلال الأخير به أخــل بثقتــه الأول فيــه •

١٨٠ ـ ثانيا : الآثار التى تترتب على انقضاء الأجـل :

١٨١ ـ آثار انقضـاء الأجـل الواقف :

الأثر الجـوهرى لانقضاء الأجـل للواقف صيرورة الالتزام نافـذا ومستحق الأداء وكان قبـل ذلك موقـوفا فى نفـاذه ٠

وعليه ، فانه اذا لم يقم المدين بتنفيذ هـذا الالتزام مختارا يمكن للدائن ان يجبره عليه ٠ كما تبـدأ فى السريان مدة التقـادم بحـق هـذا الدائن يجوز له أيضا الطعن فى تصرفات مدينه بالدعـوى البولصية وما نود أن ننبه عنه هنـا ٠ أن هـذا الأثر لانقضاء الأجـل يتم دون رجعيه ٠ اى يصبح الالتزام نافـذا من وقت انقضاء الأجـل وليس من الوقت الذى نشأ فيـه والعبرة فى ذلك باليـوم التالى مباشرة ليوم الانقضـاء لا يوم الانقضـاء ذاته(٢٨) ٠

١٨٢ ـ آثار انقضاء الأجـل الفاسـخ :

يترتب على انقضـاء الأجـل الفاسـخ ، انتهاء الالتزام الذى أضيف اليـه ويتم ذلك دون أثر رجعى ٠ على معنى أن يكون هذا الانقضـاء بالنسبة للمستقبل ٠ وقـد نصت على انعـدام الأثر الرجعى فى هـذه الحالة المـادة ٣٣٥ مدنى كويتى (م٠ ٢/٢٧٤ مدنى مصرى) ٠

١٨٣ ـ الأجـل المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المـالية :

أولا : نصت المـادة ٢٥٦ من المشروع على الأجـل وجاء تعريفها له على النحـو التـالى :

« ١ ـ يكون الالتزام لأجـل اذا كان نفـاذه او انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقـوع ٠

٢ ـ ويعتبر الأمر محقق الوقـوع ، متى كان وقـوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقـع فيه » ٠

---

(٢٨) MARTY et RAYNAUD : op. cit., p. 748, n. 370.

MAZEAUD : op. cit.. n. 1024, p. 970.

وهـذا النص المقترح من المشروع يطابق المـادة ٢٧١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المـادة ٣٢٩ من القانون المدنى الكويتى . وقـد عرضنا للنصين الأخيرين فيما سبق .

ثانيا : وتناول المشروع آثار الأجـل فى المـادة ٢٥٧ ونصها كالآتى :

« ١ ـ اذا كان الالتزام مضافا الى أجـل واقف ، فانه لا يكون نافـذا الا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجـل . على أنه يجـوز للدائن قبـل انقضاء الأجـل أن يتخـذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجـه خاص أن يطالب بتأمين اذا خشى افلاس المدين أو اعساره واستند فى ذلك الى سبب معقـــــول .

٢ ـ ويترتب على انقضاء الأجـل الفاسخ انتهـاء الالتزام ، دون أن يكون لهـذا الانتهاء أثر رجعى » .

وهـذا النص المقترح من المشروع يطـابق المـادة ٢٧٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطـابق المـادة ٣٣٠ من القانون المدنى الكويتى . وقـد عرضنا للنصين الأخيرين فيما ســبق .

ثالثا : وتناول المشروع أمر النزول عن الأجـل ولمصلحة من يكون فى المـادة ٢٥٨ اذ قالت :

« ١ ـ يفترض فى الأجـل أنه ضرب لمصلحة المدين ، الا اذا تبين من العقـد أو من نص القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معـا .

٢ ـ واذا تمحض الاجل لمصـــلحة الطرفين ، جاز له أن ينزل عنـــه بارادته المنفردة .

وهـذا النص مستحدث ولا نظير له فى القانون المدنى المصرى الحالى . ولكنه يطـابق تمـاما المـادة ٣٣١ من القانون المدنى الكويتى . وقـد عرضنا لهـا من قبل فى دراستنا لانقضاء الأجـل بالنزول عنـه .

رابعا : وعن سقوط الأجـل : نصت المـادة ٢٦٠ من المشروع على ما يأتى :

يسقط حـق المدين فى الأجـل :

١ ـ اذا شـهر افلاسه ، أو ثبت اعساره بأن كانت أمواله لا تفى بالديون الحـالة ٠

٢ ـ اذا أضعف بفعله الى حـد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هـذا التأمين قـد أعطى بعقـد لاحـق أو بمقتضى القانون ، وهـذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين أما اذا كان اضعاف التأمين يرجـع الى سبب لا دخـل لارادة المدين فيـه ، فان الأجـل يسقط ما لم يقـدم المدين للدائن ضمانا كافيـا ٠

٣ ـ اذا لم يقـدم للدائن ما وعـد فى العقـد بتقـديمه من تأمينات ٠
والفقرة الأولى من هـذا النص تقـابل الفقرة الأولى من المـادة ٢٧٣ من القانون المدنى المصرى الحالى التى تقـول « اذا شـهر افلاسه أو اعساره وفقـا لنصوص القـانون » ٠

وقـد عـدلت هـذه الفقرة على النحـو المذكور فى المـادة المقترحة ، لأن المشروع لم يقر نظـام الاعسار مـع ابقـائه على للحكم الخاص بحلول أجـل الدين اذا ثبت اعسار المدين بأن كانت أمواله لا تفى بديونه المستحقة الأداء ٠

ونشير أيضا الى أن الفقرة الأولى من نص المشروع انمـا يقـابل الفقرة الأولى من المـادة ٣٣٢ من القانون المدنى الكويتى ٠ مـع ملاحظة فارق أساسى يتمثل فى أن تلك الفقرة من النص الكويتى قـد اقتصرت على ذكر الافلاس وقـد ألمحنا من قبل الى هـذا الاختلاف عند مقارنة النص الكويتى بالنص المصرى الحالى ٠

أما الفقرتان الثانية والثالثة من النص المقترح فى المشروع ، فتطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المـادتين : ٢٧٣ من القانون المدنى المصرى الحالى ، ٣٣٢ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقـد عرضنا لهما فيما سـبق ٠

المطلب الثالث

الأجـل فى الفقـه الاسلامى

١٨٤ ـ الأجـل وتعريفـه فى الفقـه الاسلامى[٢٩] :

ان اضافة الالتزام الى اجـل أمر معروف وجائز فى فقـه الشريعـة الاسلامية ودليل جـوازه قـوله سبحانه وتعالى فى سورة البقرة « اذا تداينتم بدين الى أجـل مسمى »[٣٠] وقـد عرفت المـادة ١٨٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل التأجيل بقولها « التأجيل : هـو تأخير تسليم العـوض بالتراضى الى وقت معين »[٣١] ويختلف التأجيل بذلك عن التقسيط الذى عرفته المـادة ١٨٨ من نفس المجلة بقـولها « التقسيط : هـو تأجيل العوض مفرقا الى أوقات متعـددة وكل جزء يحـل وقته يسمى قسطا »[٣٢] ٠٠ هـذا وقـد عرفت المـادة ٣٢٠ من مرشـد الحيران العقـد المضاف بقولها « العقـد المضاف هـو ما كان مضافا الى وقت مستقبل » ٠

١٨٥ ـ أنواع الأجـل : يتنوع الأجـل فى الفقه الاسلامى على النحو التالى :

١٨٦ ـ أولا : الأجـل المعلوم والأجـل المجهول :

يمكن أن يكون الأجـل معلوما ونصت المـادة ٣٦٢ من مجلة الأحـكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أن « البيع مـع تأجيل الثمن مدة معلومه أو تقسيطه صحيح الا فى ربا النسيئه » وجاء فى المـادة ٤٨٨ من نفس المجلة بخصوص السلم ما يلى : « يشترط ذكر أجـل معلوم له دفـع عادة ولو متسطا على اقساط ٠ فلو جهل أو أبهم فسد السلم فلو أجل الى أسبوع أو شرط تعجيل البعض ثم يصـح العقـد » ٠

---

(٢٩) راجع : عبد الناصر العطار ، نظرية الاجل فى الالتزام فى الشريعة الاسلامية والقوانين العربية ٠

(٣٠) أول الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة ٠

(٣١) وهو التعريف الذى جاءت به المـادة ١٥٦ من مجلة الاحكام العدلية اذ قالت التأجيل تعليق الدين وتاخيره الى وقت معين »٠

(٣٢) نفس المعنى الذى جـاء بالمـادة ١٥٧ من مجلة الاحـكام العدلية اذا قالت « التقسيط تأجيل اداء الدين مفرقا الى أوقات متعددة معينة » ٠

وفى وجوب أن يكون الأجل معلوما ، قالت المادة ٤٢٠ من مرشد الحيران « يصح البيع بثمن حالى ومؤجل الى أجل معلوم طويلا كان أو قصيرا ...... »[٣٣] .

ويعتبر الأجل معلوما كما نصت المادة ٢٤٧ من مجلة الأحكام العدلية « اذا عقد البيع على تأجيل الثمن الى كذا يوما أو شهرا أو سنة أو الى وقت معلوم عند العاقدين ...... صح البيع »[٣٤] . أما اذا كان الأجل غير معلوم ، فقد نصت المادة ٢٤٨ من مجلة الأحكام العدلية على أن « تأجيل الثمن الى مدة غير معينه كأمطار السماء يفسد البيع » وعن مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل ، فانه بالاضافة الى نص المادة ٤٨٨ منها بخصوص فساد السلم لأجل مجهول أو مبهم كما سبق ، نجد مثالا آخر فى المادة ١٠٣٢ وتنص على انه « لا تصح الكفاله الى أجل مجهول جهالة فاحشه كمجىء المطر وهبوب الريح ، أما الى الحصاد والجذاذ[٣٥] وقدوم الحاج مما لا يمنع مقصود الكفالة فتصح » .

١٨٦ ـ ثانيا : الأجل الاتفاقى والأجل القضائى :

يمكن أن يكون الأجل بالاتفاق اى بالتراضى على نحو ما جاء بالمادة ١٨٧ من مجلة الأحكام الشرعية كما ذكرت من قبل ، أما بخصوص الأجل القضائى فى الفقه الاسلامى ، فقد نصت المادة ٤٨٨ من مرشد الحيران على انه : « لا يجوز للقاضى أن يمهل المشترى فى دفع الثمن للبائع ما لم يكن المشترى معسرا لا يقدر على الوفاء فينتظر الى ميسره »[٣٦] .

ومعنى ذلك ، أنه اذا لم يف المشترى بالثمن للبائع ورفع الأخير الأمر للقاضى ، وجب على القاضى أن يأمر المشترى بالدفع الا اذا بان له أنه معسر لا يقدر على الوفاء فيعطى له مهلة الى ميسرة . وجاء فى قوانين الأحكام

---

(٣٣) وتنص المادة ٢٤٦ من مجلة الاحكام العدلية على انه « يلزم ان تكون المدة معلومة فى البيع بالتأجيل والتقسيط » ـ وعند الشافعية يجب أن يكون الاجل معلوما فى البيع بثمن مؤجل ، راجع المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٢٧٣ .

(٣٤) ومثلت المادة لليوم المعلوم عند العاقدين بيوم النيروز وهو عيد اول السنة الشمسية عند القدماء .

(٣٥) واخذ الملكية بذلك . فقال ابن جزى فى قوانين الاحكام الشرعية ، سابق الاشارة اليه ، « ويجوز ان يكون الاجل الى الحصاد والجذاذ » . ص ٢٩٥ .

(٣٦) راجع ايضا المادة ١٧ من مجلة الاحكام العدلية « المشقة تجلب التيسير ... » وتعتبر نظرة الميسرة تطبيقا لهذه القاعدة .

الشرعية فى خصوص نظرة الميسره : « اذا دعا صاحب الحق غريمه الى القاضى بعد ثبوت الحق وحلوله ...... ولم يدع الغريم العدم فانه يؤمر بالأداء ، فان قال أمهلونى بينما يتيسر لى أعطى رهنا أو ضامنا بالمال ...... ويؤخره القاضى مدة على حسب قلة الدين وكثرته وذلك يرجع الى اجتهاد القاضى ...... »(٣٧) ٠

١٨٧ ـ ثالثا : الأجل الواقف والأجل الفاسخ (الموقوت) :

ان ما سمى بالأجل الواقف فى القانون كما أوضحنا فيما سبق نجد تصوره فى الفقه الاسلامى فى نطاق ما يعرف « بالعقد المضاف » وقد اشرنا الى تعريفه من قبل خلال المادة ٣٢٠ من مرشد الحيران ٠ وهو العقد الذى يكون منعقدا فى الحال ، كل ما هنالك أن حكمه لا يقع قبل حلول الوقت الذى أضيف اليه ٠

وعلى حد تعبير النص المذكور أن العقد المضاف ينعقد سببا فى الحال لكن يتأخر وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه ٠ مثال ذلك الاجاره المضافة كما نصت عليها المادة ٥٢٧ من مجلة الأحكام الشرعية بقولها « الاجاره المضافة : هى الاجاره لمدة تبتدىء من وقت مستقبل »(٣٨) والمعنى الواضح لذلك أن قوام هذا النوع من الاجاره يتمثل فى ان العقد به يكون منعقدا فى الحال على ما ذكرنا منذ قليل لكن حكمه أى أثره لا يقع ولا يترتب قبل حلول الأجل المضاف اليه أو على وجه الدقة لا يقع الا بحلول هذا الاجل وقد مثلت لذلك المادة ٥٣٧ من مجلة الأحكام الشرعية بمناسبة قولها بصحة الاجاره المضافة فى الأعيان المعينه والموصوفه ٠ « لو أجره هذه الدار مدة تبتدىء من أول السنة المقبلة أو أجره أبلا موصوفة مدة مستقبله صحت الاجاره ...... » ٠

---

(٣٧) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٤٥ ـ ٣٤٦ ٠

وسوف نعرض لنظرة الميسرة فى الفقه الاسلامى فيما بعد عند تناول انقضاء الالتزام بالوفاء فى هذا الفقه ٠

(٣٨) وقد عرفت المادة ٤٠٨ من مجلة الاحكام العدلية الاجارة المضافة بقولها «الاجارة المضافة ايجار معتبر من وقت معين للمستقبل مثلا لو استؤجرت دار بكذا فقولا لكذا مدة اعتبارا من أول الشهر الفلانى الاتى تنعقد الاجارة مضافة » ٠

ونصت المادة ٤٤٠ من مجلة الاحكام العدلية على ان « الاجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها .... »

اما وقد بان لنا مما تقدم بمناسبة الاجاره المضافة - أن عقد الايجار قد أبرم مضافا الى أجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع وان آثار هذا العقد لاتترتب وبالتالى لا يكون نافذا الا بحلول اجل معين فى المستقبل ، أليس فى ذلك ما يسمى فى القانون أجلا واقفا ؟ ألسنا - فى الاجاره المضافة - بصدد أمر مستقبل محقق الوقوع يتوقف على تحققه نفاذ التزام كان موجودا من قبل ولميكن نافذا ؟

اما عن الأجل الفاسخ فقد مر بنا ضمن انواع الأجل فى القانون ، وفى الفقه الاسلامى يمكن تصور فكره هذا الأجل - دون تسميته - فى نطاق ما يعرف بالعقد المؤقت باعتباره من العقود التى تقترن بأجل فى هذا الفقه الى جانب العقد المضاف ٠

ويمكن أن نمثل له بالاجاره لمدة معلومة ٠ وجاء فى المادة ٥٣٤ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل عن هذه الاجاره « تصح اجارة العين المعينه الى أمد معلوم أو لعمل معلوم كاستئجار الدابه شهرا أو لركوبها الى محل معلوم ، وكذا استئجار شخص لخدمة سنه أو لبناء معلوم او خياطة ثوب معين » ٠

وكما يبين من النص ، فالعقد المؤقت ، ينعقد ويقع حكمه فى الحال ٠ أى على معنى أنه ينعقد ويكون نافذا بوقوع آثاره فى الحال ٠ فهو عقد موجود ونافذ ، أما التوقيت فيرد على المدى الذى تترتب معه هذه الآثار ٠ فقد تترتب لمدة معلومه أو لعمل معين ، وتنتهى بنهاية هذا المدى اى بانتهاء المدة أو العمل ٠

وبعبارة أخرى أن العقد الموقوت ينعقد ويقع حكمه فى الحال وينتهى الحكم بحلول أجل معين ٠ وعلى نحو ما ذكره النص السابق ، تنعقد اجارة العين المعينه الى أمد معلوم أو لعمل معلوم ويقع الحكم وينتهى بانتهاء الامد أو العمل كمن يستأجر دابه لمدة شهر أو لركوبها الى محل معلوم اذ تنعقد الاجاره ويقع حكمها فى الحال بتسليم العين وانتفاع المستأجر الا أن الحكم ينتهى بانتهاء الشهر أو بالوصول الى المحل المعلوم وكل ذلك يفترض بطبيعة الحال أداء المستأجر للأجره ٠

ونستخلص مما سبق أن الالتزام فى العقد الموقوف أضيف الى أجل من شأن تحققه أن ينقضى معه الالتزام ٠ وهذا ما عرفه القانون باسم الأجل الفاسخ ٠

١٨٨ - آثار الأجل :

وعن آثار الأجل فى الفقه الاسلامى ، فنكتفى فيه بما أوردناه بخصوص العقد المضاف والعقد المؤقت ٠ فكلاهما يقترن بأجل لكن الأول ينعقد فى

الحال وحكمه لا يقع الا مع حلول الأجل أما الثانى فينعقد ويقع حكمه فى الحال الا أن هذا الحكم ينتهى بحلول الأجل ٠

وبعبارة أخرى ، أن الأجل فى الأول يؤدى الى نفاذ الالتزام بينما يؤدى فى الثانى الى انتهائه ٠

١٨٩ ــ سقوط الأجل فى الفقه الاسلامى :

ينقضى الأجل فى الفقه الاسلامى بسقوطه ٠ ويسقط الأجل بادىء ذى بدء بحلوله كما قد يسقط بالنزول عنه أو بوفاء المدين أو افلاسه ٠ ونبحث الأسباب الثلاثة الأخيرة :

١٩٠ ــ ١ ــ النزول عن الأجل :

يفترض فى سقوط الأجل بالنزول عنه أن يكون النزول من صاحب الحق وهو من كان الأجل لمصلحته ٠

وذهب الأحناف الى القول بأن الأجل لمصلحة المدين ٠ ودليل ذلك ما جاء فى المادة ٨٥٩ من مرشد الحيران من أنه اذا كان الدين مؤجلا على الأصيل وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضا ٠ وكذلك ما نصت عليه المادة ٨٦٥ فى مرشد الحيران من أنه اذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة فالأصل انه يتأجل على الأصيل والكفيل ٠ ويضاف الى ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٨٦٤ من مرشد الحيران بخصوص اذا كان المكفول به دينا مؤجلا فدفعه الكفيل للدائن معجلا فلا يرجع به على الأصيل لو كانت الكفالة بأمره الا عند حلول الأجل ٠

ولعل فى هذه الأحكام ما يدل على أن الاجل لمصلحة المدين بصفة عامة دون الدائن لدى الأحناف[٣٩] وعليه ، فالنزول عن الأجل يكون للمدين دون الدائن[٤٠] ٠

---

(٣٩) راجع أيضا حكم المادة (٦٥٥) من مجلة الاحكام العدلية ــ وراجع ــ الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٦٦ ٠

(٤٠) راجع حكم المادة ٨٦٥ من مرشد الحيران ٠ اذا مات الاصيل وكان الدين مؤجلا يصير مستحق الاداء حالا فى حق نفسه ويأخذ الدائن المكفول من تركته لا من الكفيل ٠

وهو ما أخذ به أيضا مشروع القانون المدنى الجديد فى مصر جريا على احكام الفقه الاسلامى ــ راجع المادة ٢٥٨ ٠ وقد عرضنا لها من قبل ٠

وفى تأكيد ذلك جاء فى المادة (٢١١) من مرشد الحيران أن « كل دين صح تأجيله فأجله صاحبه وقبل ذلك المدين لزم تأجيله وليس للدائن بعد ذلك الرجوع فى الأجل ولا مطالبة المديون بالدين قبل حلول أجله » .

ولعل فى نص المادة ٢١٢ من مرشد الحيران ما يوضح كل ما تقدم ويؤكده اذ قالت « اذا كان الدين مؤجلا فللمدين ان يدفعه قبل حلول الأجل ويجبر الدائن على القبول » وقريب من الأحكام السابقة ، ما جاء بمجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل فى الباب الأول من الكتاب السابع بخصوص الضمان . فبعد أن ذكرت المادة ١٠٩٧ أنه يصح ضمان الدين الحال مؤجلا كما أن الدين المؤجل يصح ضمانه مؤجلا الى أبعد من أجله على حد قول المادة ١٠٩٨ جاء بالمادة ١٠٩٩ أن « التزام تجعيل المؤجل لا يصح ولا تأجيله الى اقرب من أجله ، فلو ضمن الدين المؤجل حالا الى أجل أقرب لم يلزمه أداؤه الا عند حلول أجله فلو عجله دون اذن المضمون عنه لم يرجع عليه الا عند حلول الأجل » . ومفهوم ذلك – مما جاء فى عجز النص على الأقل – أن ضامن الدين المؤجل لو عجله دون اذن المضمون عنه (المدين الأصلى) لا يؤثر فى أجل هذا الدين ومن ثم لا يجوز أن يرجع عليه الا عند حلول هذا الأجل . ولعل السبب فى ذلك أن أجل الدين المضمون هو لصالح المدين الأصلى ونزول الضامن عنه بتعجيله دون اذنه لا يؤثر . فاذا عجل الضامن الدين باذن المضمون عنه كان له الرجوع عليه حالا . لأن المضمون عنه يكون قد نزل عن الأجل بموافقة الضامن على التعجيل (راجع نص المادة ١١٠٣ من مجلة الأحكام الشرعية سالفة الذكر)[٤١] .

وعند الشافعية ، اذا « كان الدين الذى ضمنه مؤجلا فعجل قضاءه لم يرجع به قبل الحل لأنه تبرع بالتعجيل »[٤٢] . ومما جاء فى كتب المالكية متعلقا بذلك ما أورده ابن جزى فى قوانين الأحكام الشرعية بخصوص قاعدة « ضع وتعجل » . « قاعدة ضع وتعجل حرام عند الأربعة .... وأجازها ابن عباس وزفر وهى أن يكون له عليه دين لم يحل فيعجله قبل حلوله على أن ينقص منه »[٤٣] .

---

(٤١) والمادة ١١٠٣ من مجلة الاحكام الشرعية تلك يجرى نصها على النحو التالى :

« اذا عجل الضامن الدين المؤجل فقضاه قبل حلول اجله دون اذن المضمون عنه ليس له الرجوع عليه قبل حلول الاجل ، اما لو عجله باذنه رجع عليه حالا » .

(٤٢) المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ص ٣٤٩ .

(٤٣) قوانين الاحكام الشرعية ، لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٧٨ .

اما عند الظاهرية ، فالتعجيل لابد ان يكون بموافقة الدائن ٠ فلو أراد المدين فى دين مؤجـل أن يعجـله قبـل الأجـل لم يجبر الذى له الحـق على قبـول ذلك ٠ بل لابد من رضـا الدائن نفسـه(٤٤) ؛

١٩١ ـ ٢ ـ وفـاة المـدين :

على مذهب الامام احمد بن حنبل ، تظهر نصـوص مجلة الأحكام الشرعية وقـد تناولت أثر وفاة المـدين على الأجـل ٠ فقـد نصت المـادة ١١١٨ على أنه « لا يحـل الدين المؤجـل بموت الضـامن ولا بموت المضمون لـكن اذا ماتا جميعا فأنه يحـل الا اذا وثقـه الورثة برهن يحرز أو كفيل ملىء بأقـل الأمرين من الدين والتركه » ٠

ونصت المـادة ١٥٠٦ ايضا على أنه « لا يحـل الدين المؤجـل بمـوت المدين ان وثق الورثة أو غيرهم رب الدين برهن أو كفيل على الأقـل من الدين أو التركه والا حـل » ٠

ويبين لنـا ممـا تقـدم ، أن أجـل الدين لا يسقط بوفاة المدين الا عند عـدم وجـود الورثة أو عند وجـودهم وامتناعهم عن توثيـق الدين ٠ أما اذا كان هناك ورثة وقبلوا توثيـق الدين لا يسقط الأجـل ويستفيدون منه(٤٥) ٠

اما غير الحنابلهمن الجمهور فالرأى عندهم أن الأجـل يحـل بوفـاة المدين ٠ ومن الجمهور الحنفية ٠ فقـد نصت المـادة ٢١٤ من مرشـد الحيران « الدين المؤجـل لا يحـل بموته الدائن ويحـل بموت المديون »(٤٦) ٠

---

(٤٤) المطى ، لابى محمد على بن احمد بن سعيد بز حزم ، منشورات المكتب التجارى للطباعة والنشر ، بيروت ، الجـزء الثامن ، رقم ١٢٠٠ ٠

(٤٥) راجع ايضا : القواعـد فى الفقـه الاسلامى لابن رجب الحنبلى مشار اليـه من قبل ، ص ٣١٧ قاعدة رقم ١٤٤ وقد اخذ بهذا الحـل القانون المدنى الكويتى الجديد فى المـادة ٣٢٣ منه ٠

(٤٦) راجـع ايضـا ، سليم رستم فى شرح المجلة ، سبق الاشارة اليه ص ١٢٤ ٠ اذ يحـل اجـل الثمن فى البيع بوفاة المشترى دون البائع ، حتى لو ان الدائن اجـل الدين على التركة بعـد موت المديون فلا يصـح التاجيل وفى الثمن نصت المـادة ٤٢٢ من مرشـد الحيران على انه « لا يحـل الاجـل بموت البائع ويحـل بموته المشترى » ٠ ونصت المـادة ٤٨٤ من مرشد الحيران أيضا على ما يأتى : « يحل الثمن المؤجل بموت المشترى ولا يحـل الثمن =

١٩٢ ـ ٣ ـ افلاس المدين :

نصت المادة ١٥٠٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على ما يأتى :

« لا يحل الدين المؤجل بجنون المدين ولا بتفليسه » ويتضح من ذلك أنه لا أثر لافلاس المدين على أجل دينه · ويشارك الحنابله فى ذلك الأحناف[٤٧] والظاهرية[٤٨] ·

أما المالكيه فلهم رأى مختلف · ويقولون أن التفليس هو خلع الرجل عن ماله للغرماء فاذا أحاط الدين بمال أحد ولم يكن فى ماله وفاء بديونه وقام الغرماء عند القاضى فانه يجرى فى ذلك على المدين أحكام التفليس وهى خمسه الثانى منها : أن تحل عليه الديون المؤجله[٤٩] ·

١٩٣ ـ العقود التى يصح اضافتها الى أجل فى الفقه الاسلامى :

فى العقود التى يصح اضافتها الى المستقبل ، نصت المادة ٣٥٧ من مرشد الحيران على أن ما يمكن تملكيه فى الحال وما كان من الاسقاطات والالتزامات يصح اضافته الى الزمان المستقبل ·

وذلك كالاجارة وفسخها والمزارعه والمساقاة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف والعارية والاذن فى التجارة للصبى ونحو ذلك ·

= بموت البائع بل تنتظر ورثته او غرماؤه حلول الاجل لاستيفاء الثمن .... » · كذلك نصت المادة ٥٦٠ من مرشد الحيران على أن الاجل يبطل « بموت المسلم اليه لا بموت رب السلم » · ونصت المادة ٨٦٥ من مرشد الحيران ايضا بخصوص الكفالة على انه « إذا مات الاصيل وكان الدين مؤجلا يصير مستحق الاداء حالا فى حقه نفسه .... » وعند الشافعية ، يحل الدين بموت المدين : راجع المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٣٤ ·

(٤٧) نصت المادة ٨٦٨ من مرشد الحيران على ما يأتى « يسقط الدين عن الميت المفلس الا اذا كان به كفيل حالة حياته أو رهن » ·

(٤٨) راجع ، المحلى لابن حزم ، جـ ٨ ، رقم ١٢٨٠ ·

(٤٩) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٤٦ ·

وعلى خلاف ما تقدم ، فان هناك من العقود والتصرفات ما لا تصح اضافته للمستقبل الأمر الذى تناولته المادة ٣٢٨ من مرشد الحيران حين قالت : « كل ما كان تمليكا فى الحال فلا تصح اضافته الى الزمان المستقبل وذلك كالبيع واجاراته وفسخه والقسمه والشركة والهبة وعقد النكاح والصلح عن مال والابراء عن الدين » ٠

١٩٤ ـ مقارنة الأجل بين الفقه الاسلامى والقانون :

١ ـ نخلص من كل ما تقدم الى ان الأجل لا يختلف فى مقصوده بين الفقه الاسلامى والقانون ٠ اذ الأجل فيهما قوامه اضافة الى المستقبل ٠

٢ ـ وبالنسبة لأنواع الأجل : يمكننا القول بأنه لا يوجد اختلافا بشأن الأجل المعين أو المعلوم والأجل الاتفاقى والأجل القضائى وكذا الأجل الواقف والفاسخ كل ما هنالك أن الأجل فى الفقه الاسلامى لا يكون الا معينا أو معلوما ويختلف القانون فى ذلك اذ يمكن أن يكون الأجل فيه غير معين ٠

وتجدر الاشارة الى أن الأجل الواقف والفاسخ فى القانون معروف فى الفقه الاسلامى من حيث الفكرة والماهية لكن دون هذه التسمية ٠ فصورة الأجل الواقف فى القانون توجد فى نطاق العقد المضاف فى الفقه الاسلامى ٠ ذلك ، فان صورة الأجل الفاسخ قانونا معروفة فى نطاق العقد المؤقت فى هذا الفقه ٠

٣ ـ بالنسبة للأجل ومداه : يسقط الأجل فى الفقه الاسلامى ـ كما مر بنا ـ اما بحلوله او بالنزول عنه أو بوفاة المدين أو افلاسه ٠ ولا نرى القانون يختلف مع الفقه الاسلامى بخصوص اسباب الانقضاء أو السقوط هذه الا بخصوص سبب واحد هو موت المدين فلم يسلك اتجاه الفقه الاسلامى سوى القانون المدنى الكويتى فى المادة ٣٣٣ على نحو ما ذكرنا ، وقد نصت على حلول الأجل لهذا السبب ٠

الفصل الثانى

الالتزام البدلى والتخييرى

١٩٥ ـ تمهيدوتقسيم :

تقدم أن الالتزام قد تلحقه اوصاف • وان من هذه الأوصاف ما يرد على وجود الالتزام أو نفاذه وقد عرضنا لها من خلال احكام الشرط والأجل • على ان من هذه الأوصاف أيضا ما يرد على محل الالتزام •• فاذا كان الأصل أن يكون الالتزام بسيطا اى على معنى ـ وهو أحد معنيين لذلك عرضنا لهما من قبل ـ أن يكون محله عبارة عن أداء واحد كان يلتزم المدين بالقيام بعمل واحد مثلا ، الا أن الالتزام على هذا الوجه قد يلحقه وصفا ينفى عنه البساطة فى معناها المذكور ، حيث يرد الوصف على المحل ويكون متعددا اى يضم اكثر من أداء •

ولعل موضوع الدراسة فى هذا الفصل قد اتضح الان • اذ ينحصر فى تعدد محل الالتزام مما يؤدى الى تعديل الأحكام التى يخضع لها ويجعلها تختلف عن تلك التى يخضع لها الالتزام اذا كان محله أداء واحدا • وما ينبغى أن يلاحظ فى هذا الصدد انه ليس كل تعدد فى محل الالتزام يعدو وصفا بالمعنى المذكور • فيمكن أن يتعدد محل الالتزام ويضم أكثر من أداء لكن قد لا يعتبر هذا التعدد وصفا يؤدى الى خضوع هذا الالتزام لقواعد تختلف عن تلك التى يخضع لها الالتزام فى صورته البسيطة لكون محله اداء واحدا • ويحدث ذلك اذا كان يتعين على المدين ان يفى بالأداءات المتعدده لمحل التزامه وبعبارة أدق اذا كانت ذمة المدين لا تبرأ الا بالوفاء بهذه الأداءات جميعا كما لو باع شخص عدة اشياء يملكها • فيلا سكنية وقطعة أرض فضاء وبستان • فيجب عليه أن يسلم كل ما باعه لان ذمته لن تبرأ الا بذلك •

لكن قد يحدث أن يتعدد محل الالتزام وتبرأ ذمة المدين بأداء واحد منها وتسمى هذه الصورة الالتزام التخييرى •

وثمة صورة اخرى ، يكون محل الالتزام فيها أداء واحد منذ البداية الا انه يتعدد عند الوفاء • اذ يكون المدين ملتزما بأداء واحد أصلا لكن تبرأ ذمته اذا قدم ـ عند الوفاء ـ أداء آخر غير الأداء الأول • وسمى هذه الصورة بالالتزام البدلى •

ونعرض للالتزام التخييرى والبدلى فى مبحثين على التوالى • ونعرض فى مبحث ثالث لخيار التعيين فى الفقه الاسلامى ويقابل الالتزام التخييرى •

المبحث الأول

الالتزام التخييرى

١٩٦ ـ تعريفه وتمييزه عما قد يختلط به :

يمكن تعريف الالتزام التخييرى بأنه التزام يتمثل محله فى أكثر من أداء بحيث تبرأ ذمة المدين به بأداء واحد منها ٠ وعلى ذلك يكون الالتزام تخييريا وفقا لنص المادة ١/٣٣٦ مدنى كويتى (م ٢٧٥ مدنى مصرى) آذا كان هناك تعدد فى محل هذا الالتزام على نحو يحقق مكنة الاختيار بين ما تعدد اليه المحل(١) ٠

كما لو باع شخص فيلا سكنية ضمن ثلاثة يملكها او باع سيارة ضمن ثلاثة يملكها أيضا ٠ حيث تبرأ ذمته عن التزامه بالتسليم اذ أدى فى اى الحالتين اداء واحدا منها ٠

وانطلاقا من التعريف المقدم ، يلزم الا بتداخل فى منطقة الالتزام التخييرى نظم قانونية اخرى تشتبه به واخصها الشرط الجزائى(٢) ٠ فالشرط الجزائى على نحو ما ذكرنا من قبل عباره عن تقدير اتفاقى للتعويض عن اخلال المدين بالتزامه ولا يقوم – وهذا هو المهم ـ محلا ثانيا الى جانب المحل الأصلى لالتزام هذا المدين ٠ اذ يمتنع على الأخير أن يختار التعويض بموجب الشرط الجزائى بديلا عن التنفيذ العينى لالتزامه ما دام ممكنا وطالب الدائن به ٠

١٩٧ ـ شروط الالتزام التخييرى ولن يثبت حق الخيار :

يجب ان يتوافر فى كل أداء من الأداءات المتعدد لمحل الالتزام التخييرى ما اوجب القانون توافره فى محل الالتزام بصفة عامة وعلى وجه الخصوص الامكان والمشروعية ٠ وعلى ذلك . فاذا لم يصح الالتزام بأكثر من أداء واحد بسبب عدم توفر هذه الشروط فيما عداه لعدم المشروعية أو الاستحالة على سبيل المثال كان الالتزام مجرداً من وصف التخيير وليس له الا محل واحد وهو ذلك الذى صح الالتزام به ٠

---

(١) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، مشار اليها من قبل ، ص ١٨٥ ٠

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، الموقع السابق ٠

اما عن تحـديد من له حـق الخيار فانه ، ومحـل الالتزام التخييرى يضم اكثر من أداء بحيث تبرأ ذمة المدين تمـاما بأداء واحـد منها ، فان تحـديد من له حـق اختيار الأداء قـد يتم باتفـاق الدائن والمدين ٠ وقـد يتفقان على ان الخيار لأحـدهما أو لشخص ثالث وقـد يتحـدد من له الخيار بنص قانون ٠ اما اذا لم يتحـدد لا بالاتفـاق ولا بالنص كان الخيار مطلقا على هـذا النحـو ويثبت للمدين (م٣٣٦ مدنى كويتى) ويلزم تحـديد المدة التى يكون فيها الخيار فاذا أطلق الخيار دون هـذه حـددت له المحكمة المدة المناسبة بناء على طلب ى من الطرفين (م ١/٣٣٧) ٠

ويلاحظ انه اذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تعـدد المدينون ولم يتفقـوا فيما بينهم جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام ٠ اما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعـدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم انتقـل الخيار الى المدين (م٠ ٢/٣٣٧ مدنى كويتى ـ م٠ ٢٧٦ مدنى مصرى) والنص يتصـدى ـ كما هـو واضح ـ لفرض يمتنع فيه من ثبت له حـق الخيار عن استعماله أو يتعـدد فيه من لهم الخيار دون أن يتفقـوا ٠ الحكم الذى أورده النص المشار اليه فى هـذا الشأن يختلف حسبما كان الخيار للمدين أم للدائن ٠

١٩٨ ـ استعمال حـق الخيار :

لم يحـدد القانون طريقة معينة يجب اتباعها فى استعمال حـق الخيار ٠ وعلى أية حال ، فان الخيار يمكن أن يتم اذا عرض المدين ـ والفرض أن له الخيار ـ الوفاء بأحـد الأداءات المتعـدده ٠ كما يمكن أن يتم أيضا اذا طالب الدائن ـ وله الخيار ـ المدين بالوفاء بأحـد هـذه الأداءات المتعـددة كل ما هنالك أنه يتعين على من له الخيار على النحـو سالف الذكر أن يقـوم باخطار الطرف الآخر بمـا استقر عليه ٠ وعندئذ يمتنع على من استعمل حـق للخيـار أن يعـدل فيـه الا برضا الآخر ٠ وبحصول الخيار اى باستعماله فان الأثر الجوهرى لذلك صيرورة الالتزام بسيطا ٠

والراجح فى الفقه ان يترتب ذلك دون أثر رجعى([٢]) ٠ ويتصل باستعمال حـق الخيار ، حكم نصت عليه المـادة ٣٣٨ مدنى كويتى بخصوص هـلاك شيء ممـا هـو موضع الخيار ٠ ويمكننا أن نفرق بشأن الحكم بين فرضين :

---

(٢) وقد استحدث مشروع القانون المدنى الجديد فى مصر حكم الفقرة الثانية من المـادة ٣٦١ ويقضى بانه « اذا تم الاختيار استند اثره الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام الرجعى لاستعمال الخيـار » ٠

الأول – اذا كان الهلاك بسبب أجنبى ، نكون امام احتمال من ثلاثة :

(أ) أن يتمثل موضع الخيار فى شيئين يهلك احدهما • فينحصر محل الالتزام فى الشىء المتبقى ولا يكون أمام المدين الا ان يختاره •

(ب) ان يشمل الخيار اكثر من شيئين يهلك واحد منها • ويكون للمدين أن يعين محل الالتزام فى شىء من الخيارات الباقية •

(جـ) ان تهلك كل الخيارات • ينقضى الالتزام لاستحالة التنفيذ •

الفرض الثانى : أن يكون الهلاك بخطأ المدين •
نكون أمام احتمال من ثلاثة ايضا :

(أ) أن يشمل الخيار شيئين يهلك احدهما • حيث يتركز فى الشىء الثانى •

(ب) أن يشمل الخيار اكثر من شيئين يهلك واحد منها ويبقى للمدين خياره فيما تبقى •

(جـ) أن تهلك كل الخيارات • حيث ينحصر التزام المدين فى آخر ما هلك منها ويلتزم بدفع قيمته[4] •

وتجدر الاشارة اخيرا الى أن حق المدين فى الخيار ينتقل الى الورثة بوفاته قبل استعماله (م• ٣٣٩ مدنى كويتى) •

١٩٩ – الالتزام التخييرى فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

اولا : نصت المادة ٢٦١ من المشروع على الالتزام التخييرى وعرفته كما يلى :

« ١ – يكون الالتزام تخييريا اذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة اذا أدى واحدا منها • ويكون خيار التعيين للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك •

---

(٤) وقد نصت على هذا الحكم المادة ٢٧٧ من القانون المدنى المصرى •

٢ ـ واذا تم الاختيار استند أثره الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام » ٠

والنص يطابق فى فقرته الأولى نص المادة ٢٧٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، مع استبدال عبارة « خيار التعيين » ويستعملها الفقه الاسلامى بلفظ « الخيار » كما ان هذه الفقرة من نص المشروع سالف الذكر تطابق المادة ٣٣٦ من القانون المدنى الكويتى ٠

ويلاحظ أن نص الفقرة الثانية من المادة المقترحة من المشروع انما هو نص مستحدث لا نظير له فى القانون المدنى المصرى الحالى أو القانون المدنى الكويتى ٠ مع أنه جاء بالمشروع أن نص الفقرة المقترحة يطابق حكم المادة ٣٢٨ من مشروع القانون المدنى الكويتى ، الأمر الذى نرجح معه عدول المشروع المدنى فى الكويت عنها ٠ ولذا فقد أورد نصوصه النهائية خلوا منها ٠

ثانيا : وفى استعمال حق الخيار نصت المادة ٢٦٢ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا كان خيار التعيين للمدين وامتنع ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فاذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام ٠

٢ ـ أما اذا كان خيار التعيين للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضى أجلا ان طلب المدين ذلك ، فاذا انقضى الأجل انتقل الخيار الى المدين » ٠

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق نص المادة ٢٧٦ من القانون المدنى المصرى الحالى مع استبدال عبارة « خيار التعيين » بلفظ « الخيار » ايثارا للتعبير الذى يستعمله الفقه الاسلامى ٠ وذلك على غرار ما تم بالنسبة لنص المادة ٢٦١ سالفة الذكر ٠

والنص المقترح وان كان يقابل المادة ٣٣٧ من القانون المدنى الكويتى بصفة عامة ، الا أنه يطابق الفقرة الثانية منه بصفة خاصة ٠

وفى انتقال خيار التعيين للورثة ، نصت المادة ٢٦٣ من المشروع على انه « ينتقل خيار التعيين الى الوارث » ٠

وهـذا النص مستحدث ولا نظير له فى القانون المدنى المصرى الحالى ٠ ولكنه يطابق نص المـادة ٣٣٩ من القانون المدنى الكويتى وقـد عرضنا لهـا من قبــل ٠

ثالثا : أما عن حكم هـلاك شىء ممـا هـو موضع الخيار ويتصل باستعمال هـذا الخيار كما اوضحنا نصت المـادة ٢٦٤ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا كان خيار التعيين للمدين ، وهلك أحـد الأشياء التى اشتمل عليها محـل الالتزام ، تركز لختيار المدين فى الأشياء الباقية ٠ واذا هلكت الأشياء جميعها بسبب أجنبى انقضى الالتزام ٠

٢ ـ اذا هلكت الأشياء جميعا ، وكان المدين مسئولا عن هـذا الهلاك ولو فيما يتعلق بأحـد هـذه الأشياء كان ملزما بأن يدفـع قيمة آخر شىء هــلك » ٠

والمـادة المقترحة مستحدثه فى فقرتها الأولى ٠

لكنها تطـابق بفقرتها الثانية المـادة ١٧٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، وقـد اشرنا اليها فيما سبق ٠

وهـذا النص المقترح من المشروع يطـابق فى الحكم نص المـادة ٣٣٨ من القانون المدنى الكويتى وقـد مربنا دراستها من قبل ٠

المبحث الثانى

الالتزام البــدلى

٢٠٠ ــ تعـــريف :

يكون الالتزام بدليــا ، وفقــا لمــا تقضى به المــادة ٣٤٠ مدنى كويتى (م ٠ ٢٧٨/٢ مدنى مصرى) اذ انحصر محله فى أمر واحــد يعين ابتــداء مــع تخــويل المدين الحــق فى الوفاء بمحل بديل عنه ٠ كما لو اتفق المقرض مــع المقترض على انه يجــوز عند حلول الأجــل بدلا من الوفاء بمبلغ القرض تقــديم عروض معينة أخرى تبرأ ذمته بها(٥) ٠

٢٠١ ــ احكام الالتزام البــدلى :

بادئ ذى بدء يتعين عــدم الخلط بين الالتزام البــدلى والالتزام التخييرى٠ فالثانى يضم فى محله عــدة أداءات تبرأ ذمة المدين بالوفاء بواحــد منها بخلاف الأول وفى ضــوء ذلك يمكننا أن نذكر احكام الالتزام البــدلى من خــلال تمييزه عن التخييرى ترتيبا على ما تقــدم ٠

١ ــ ينحصر المحــل فى الالتزام البــدلى فى أداء واحــد ويتعين بداية ومن ثم تتحــدد طبيعة هــذا الالتزام على أساسه ، عقاريا كان أو منقــولا بغض النظر عن طبيعة البــديل ٠ ويختلف بذلك عن التخييرى الذى لا تتحــدد طبيعته ــ والفرض اختلافها بين الخيارات ــ الا عند استعمال الحــق فى الخيار ٠

٢ ــ تتحــدد قيمة الالتزام بقيمة التكليف الأصلى لا بقيمة البــديل فى الالتزام البدلى بخــلاف التخييرى الذى لا تتحــدد قيمته ــ والفرض اختلافها بين الخيارات ــ الا عند استعمال الحــق فى الخيار ٠

٣ ــ اذا هلك الالتزام الأصلى الذى بدا على وجــه الافراد انقضى الالتزام البــديل ولــو كان الوفاء بالبــديل ممكنا ٠ بخــلاف التخييرى حيث أن هــلاك أحــد الخيارات يؤدى الى حصر الخيار فى الباقى على نحــو ما بينا من قبل ٠

٢٠٢ ــ وقــد تناول مشروع تقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المــالية فى مصر الالتزام البــدلى بالنص عليه فى المــادة ٢٦٥ اذ قالت :

---

(٥) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ٢٨٦ ٠

« ١ – يكون الالتزام بدليا اذا لم يشمل محله الا شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر ٠

٢ – والأصل ، لا البديل ، هو وحده محل الالتزام ، وهو الذى يحدد طبيعته » ٠

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق نص المادة ٢٧٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق نص المادة ٣٤٠ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقد أشرنا الى النصين من قبل ٠

المبحث الثالث

خيـار التعيين

فى

الفقـه الاسـلامى

٢٠٣ ـ تعـريف :

خيار التعيين ، عبارة عن خيار يشترطه أحـد المتعاقـدين ـ المشترى غالبا ـ ويكون له بمقتضاه حـق تعيين احـد شيئين او ثلاثة مبيعا بعـد التأمل والتروى(٦) ٠

كما لو قال شخص لآخر بعتـك احـدى هـذه السيارات الثلاث بالثمن المحـدد لهـا وهـو كذا ٠ ويثبت الخيار للمشترى ويمكن أن يكون للبائع ٠ ويقـابل خيار التعيين فى الفقه الاسلامى على هـذا الوجـه ، الالتزام التخييرى فى القانون وقـد جـوز الحنفيه خيار التعيين خـلافا للجمهور(٧) الذى منعـه ومنهم زفر من الحنفيه ٠

وجاء فى المـادة ٤٠٩ من مرشـد الحيران « يصـح أن يكون المبيع أحـد شيئين قيميين أو مثليين من جنسين مختلفين أو ثلاثة أشياء كذلك يعين ثمن كل منها على حـدته ويجعل الخيار فى تعيينه للمشترى بأن يأخـذ أيا شاء بثمنه او للبائع بأن يعطى أيا أراد بثمنه للمشترى ولابد من توقيت هـذا الخيار بثلاثة أيام أو أقـل لا أكثر »(٨) ٠

---

(٦) راجع السنهورى ، المرجع السابق ج ٤ ، ص ٢١٠ ٠
محمد مصطفى شلبى ، المرجع السابق ، ص ٦٢٥ ٠

(٧) وقـد منع الجمهور هذا الخيار ومنهم الحنابلة : لان العقد بهذا الخيـار يتضمن جهالة والجهالة غرر ٠ وفى هـذا تنص المـادة ٢٦٩ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما ياتى « يشترط ان يكون المبيع معلوما .... فلا يصح بيع المجهول » ٠

(٨) راجع المـادة ٣١٦ من مجلة الاحكام العدلية : « لو بين البائع اثمان شيئين او ثلاثة اشياء من القيميات كل على حدة على ان ياخذ المشترى ايا شاء بالثمن الذى بينه له او على ان يعطى البائع ايا كذلك صح البيع ٠ وهـذا يقال له خيار التعيين » ٠

فى ضـوء النص السابق من مرشـد الحيران على مذهب الامام ابى حنيفه يمكنـد أن نستخلص عـدة شروط ينبغى توافرها لثبوت خيار التعيين :

١ ــ ان يشمل الخيار شيئين او ثلاثة ، ولا يصح أن يتجاوز ذلك ٠

٢ ــ ان يكون هناك تفاوت بين ما شمله الخيار بين هـذه الأشياء ٠ والتفـاوت يكون باختلاف الجنس فى المثليات والقيميات ٠ كما اذا باعـه اردبا من أرادب ثلاثة أحـدها من القمح وثانيها من الذرة وثالثها من الارز ٠

٣ ــ ان تكون الأشياء معينة محـددة الثمن ٠

٤ ــ ان يتم الخيار فى مدة معلومه هى ثلاثة أيام أو اقـل لا أكثر(٩) ٠

٢٠٤ ــ حكم خيـار التعيين :

عن أثر خيـار التعيين فى العقـد يختلف النظر ٠ فمن قال ان خيار التعيين ينطـوى على خيار الشرط ذهب الى أن العقـد غير لازم بخيار التعيين على غرار خيار الشرط ٠ ومن ذهب الى أن خيار التعيين لا يتضمن خيار شرط قال ان اثر خيار التعيين فى العقـد ينحصر فى اختيار محله والعقـد لازم معه(١٠) ٠

ويسقط خيار التعيين بتعيين محـل العقـد ٠ وتعيين محـل العقـد أما ان يكون باختيار احـد الشيئين صراحة أو ضمنا وأما ان يكون لأسباب أخرى ، هى الهـلاك والتعيب بعـد قبض المشترى ٠

وقـد نصت المـادة ٤٢٢ من مرشـد الحيران على الهـلاك اذ قالت (اذا كان خيار التعيين للمشترى وهلك احـد الشيئين فى يده تعين عليـه أخـذه ويكون الآخر فى يده أمانة ٠٠٠) ٠

ومعنى ذلك أن هـلاك أحـد الشيئين فى يد المشترى بعـد القبض يسقط خيار التعيين ٠ لان المحـل ينحصر – حسبما تبين من النص ــ فيما هلك ٠ على أن يكون الباقى فى يد المشترى أمانه ٠

---

(٩) ونصت المـادة ٣١٧ من مجلة الاحـكام العدلية على انه « يلزم فى خيار التعيين تعيين المدة ايضـا » ونصت المـادة ٣١٨ على ان « من له خيار التعيين يلزمه ان يعين ما يأخذه فى انقضاء المـدة المعينة » ٠

(١٠) راجع ، محمد مصطفى شلبى ، المرجع السابق ، ص ٦٢٩ ٠

وعن التعيب ، جاء في عجز النص السابق « وان تعيبا متعاقبا تعين أخذ ما تعيب أولا » وعليه فاذا تعيب أحد الشيئين في يد المشترى بعد القبض ثم أعقب ذلك تعيب الشيء الآخر ، سقط الخيار لأن محل العقد يتحدد بما تعيب أولا ٠

وجاء في النص بقاء الخيار أن تعيبا معا ٠ ومفهوم ذلك ان تعيب احدهما دون الآخر ليس من شأنه ان يسقط الخيار ٠

وينتقل خيار التعيين الى الورثة اذا مات من له الخيار قبل التعيين ٠ فاذا توفى البائع وله الخيار وقبل أن يتم انتقل لوارثه الذى يجبر على تعيين الشيء الذى يريد اعطاءه ٠ وان توفى المشترى وكان له الخيار وقبل أن يتم انتقل لوارثه الذى يجبر على تعيين الشيء الذى يريد أخذه ويطالب بثمنه ٠

وتطبيقا لذلك فلو احضر البائع ثلاثة اثواب اعلى وأوسط وادنى من جنس واحد وبين لكل منها ثمنا على حدة وباع احدها لا على التعيين على أن المشترى في مدة ثلاثة ايام يأخذ أيها شاء بالثمن الذى عينه له انعقد البيع ولزم المشترى ٠ فلو مات قبل التعيين يجبر الوارث على تعيين احدها ودفع ثمنه[11] ٠

(١١) راجع نص المادة ٣١٩ من مجلة الاحكام العدلية ٠

وقد اخذت المادة ٣٣٩ مدنى كويتى بحكم انتقال خيار للتعيين الى الورثة ٠

الفصــل الثالث

التضامن وعـدم القابليه للانقسام

٢٠٥ ـ تمهيـد وتقسـيم :

رأينا أن الأصـل فى الالتزام أن يكون بسيطا • والبسـاطة فى معنى أول لهـا ترتبط بالمحل ويقصـد بهـا أن يتمثل محـل الالتزام فى أداء واحـد • اضافة الى ذلك نقصـد بالبساطة أيضا فى معنى ثان لهـا يرتبط بالأطراف أن الالتزام رابطـة أو عـلاقة قانونية بين دائن واحـد ومدين واحـد •

الا أنه يلحـق الالتزام وصف يغير من بساطته بمعناها الأول والثانى • ففى نطـاق المعنى الأول عرضنا لتعـدد محـل الالتزام باعتباره وصـفا يلحقـه وذلك فى نطاق الالتزام التخييرى والالتزام البـدلى • وعرضنا بمناسبة ذلك لخيار التعيين فى الفقـه الاسلامى وبقى أن نعرض فى نطـاق المعنى الثانى وصـفا يلحـق الالتزام فى أطرافه بتعـددها فى جانبها الايجابى أو السلبى ونقصـد بطبيعة الحال تعـدد الدائنين أو تعـدد المدينين •

ويلاحظ أن هـذا التعـدد بجانبيه لا يعـد على اطلاقـه وفى كل الحالات وصفا فى الالتزام يغير بساطته • وتفسير ذلك أن الأصل فى حالة تعـدد الدائنين أو المدينين هـو انقسام الدين فلا يطالب أى دائن الا بحصته ولا يلتزم كل مدين الا بجزء يعـادل حصته •

وخلافا لهـذا الأصل ، قـد يتفق أطراف العقـد عند ابرامه وقـد ينص القانون على استبعاد انقسام الالتزام وآثاره فى حالة التعـدد بجانبيه ، ومؤدى ذلك تصـور مطالبة الدائن ضمن دائنين متعـددين بكل الدين والتزام المدين ضمن عـدة بكل الدين وامكان هـذا التصـور يتوفر فى حالتين هما :

التضـــــامن •

وعـدم القابلية للانقسام •

وفيهما تنحصر دراستنا لتعـدد الأطراف باعتباره وصـفا يلحق الالتزام ويغير ما فيـه من بساطه وفى ضوء ما تقـدم نقسم دراستنا فى هـذا الفصل الى المباحث الاتية :

المبحث الأول : فى التضامن •

المبحث الثانى : فى عـدم القابلية للانقسام •

المبحث الأول

فى

التضامن

LA SOLIDARITÉ

٢٠٦ ــ تمهيــد وتقســيم :

التضامن عبارة عن وصــف يلحــق الالتزام فى أطرافه فيمتنع معــه انقســـــامه(١٢) ·

ويتخــذ التضامن على هــذا المعنى صورة من اثنتين له(١٣) ·

الأولى : ويكون التضامن فيها ايجابيا ، وينشأ بين الدائنين · بحيث يكون لكل دائن منهم المطالبه بكل الدين وليس بحصته فقط ·

الثانية : وفيها التضامن سلبيا ، وينشأ بين المدينين بحيث يلتزم أى مدين منهم بكل الدين ·

ونبحث التضامن بصورتيه فى القانون لنعرض بعــد ذلك التضامن فى الفقه الاسلامى ·· وفى ضوء ذلك نقسم دراستنا فى هــذا البحث الى المطالب الآتيـــــة :

المطلب الأول : التضــامن الايجــابى ·

المطلب الثانى : التضــامن الســلبى ·

المطلب الثالث : التضــامن فى الفقــه الاســلامى ·

---

(١٢) فى هــذا المعنى ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٤١ ، ص ٣٣٦ ·

(١٣) راجـع CARBONNIER op. cit., n. 134 p. 522.

Solidarite Passive,

Colidarite Active

MARTY ET RAYNAUG : op. cit., n. 777, p. 781.

المطلب الأول

التضامن الايجابى

LA SOLIDARTE ACTIVE

٢٠٧ ـ ندوته فى العمل ومصادره :

قلنا أن التضامن الايجابى يقوم بين عدة دائنين بحيث يكون لأى منهم أن يطالب بكل الدين ومن ثم لا تكون المطالبة مقصورة على حصته فقط ٠

والتضامن الايجابى بخلاف السلبى نادر الحدوث عملا ٠ وعلة ذلك(١٤) ترجع الى ما قد ينطوى عليه من خطورة من ناحية ونظرا لوجود الوسائل البديلة التى تحقق نفس الغرض المرجو منه من ناحية أخرى ٠ وعن الخطورة فانها تتمثل فى احتمال اعسار الدائن الذى استوفى الدين كله مما يعرض الباقى لضياع حقوقهم ٠ وعن البديل ، فانه اذا كان قوام التضامن الايجابى استيفاء دائن واحد حقوق كل الباقى ويجنبهم بذلك الاشتراك فى المطالبة ، فان يمكن الوصول الى نفس النتيجة بوسيلة أخرى مؤداها : توكيل الدائنين لأحدهم فى الاستيفاء ٠

وينحصر مصدر هذا التضامن فى الاتفاق ٠ اذ يتعين على الدائنين أن يتفقوا على ان يكون لكل منهم أن يطالب بكل الدين ويستوفيه ٠ وعلى ذلك ، فان هذا النوع من التضامن لا يفترض وجوده ولا ينشأ ايضا بنص فى القانون فلا يوجد مثال على ذلك(١٥) ٠

ولما كان هذا النوع من التضامن لا ينشأ الا بالاتفاق ، فانه يتقرر به أما لمصلحة الدائنين او لمصلحة المدين ٠ ويكون لمصلحة الأولين لأنه يجنبهم ـ عدا الدائن الذى يتقدم للاستيفاء ـ المشاركة فى المطالبة بالدين واستيفائه وفى نفس الوقت يتيح للمدين ـ وأمام دائن واحد دون الباقى ـ فرصة الوفاء ومن ثم براءة الذمه عن كل الدين وفى مواجهة سائر الدائنين وذلك يجسد مصلحة المدين ٠

---

(١٤) راجع MARTY ET RAPNAUD : op. cit.,

(١٥) راجع فى الفقه العربي : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٥٥ ، ص ٣٥٢
وفى الفقه الفرنسى : MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 778, p. 782.

راجع المادة ٣٤٢ مدنى كويتى ، ٢٧٩ مدنى مصرى بخصوص عدم افتراض التضامن ٠

٢٠٨ ـ آثار التضامن الايجابى :

ينتج عن التضامن الايجابى عدة آثار تتركز فى العلاقة بين الدائنين والمدين أولا وفى العلاقة بين الدائنين أنفسهم ثانيا ٠

٢٠٩ ـ أولا : آثاره فى العلاقة بين الدائنين والمدين :

هناك ثلاثة مبادىء تحكم التضامن الايجابى باثاره فى العلاقة بين الدائنين والمدين :

١ ـ وحدة المحل ٠

٢ ـ تعدد الروابط ٠

٣ ـ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر ٠

٢١٠ ـ ١ ـ مبدأ وحدة المحل l'unite d'objet

وفحواه أن محل الالتزام واحد لا يتجزأ بالنسبة لجميع الدائنين ويترتب على ذلك ما يأتى :

(أ) يجوز لأى دائن أن يطالب المدين بكل الدين (م٠ ١/٣٤٢ مدنى كويتى)[١٦] ٠

(ب) يكون للمدين أن يوفى الدين بتمامه لمن يختاره من دائنيه المتضامنين وليس لهذا الدائن أن يرفض استيفاء ما يزيد على نصيبه وبنفس القدر ليس فى مكنة المدين أن يفرض على أحد دائنيه المتضامنين وفاء بقدر نصيبه فى الدين اذ يعد ذلك وفاء جزئيا من حق الدائن أن يرفضه لأنه يتعارض مع جوهر التضامن ٠

(ج) يحق لكل من الدائنين المتضامنين أن يعترض على وفاء المدين بكل الدين لأحدهم (م٠ ١/٣٤٣ مدنى كويتى) ٠ لعله يتمكن بذلك من تجنب اعسار من استوفى كل الدين ٠ فاذا حدث الاعتراض تعين على المدين أن يؤدى للمعترض قدر نصيبه فى الدين ٠

---

(١٦) مادة ٢٨١ مدنى مصرى ٠

(د) اذا توفى أحـد الدائنين المتضامنين ، فان التضامن الايجابى لا يمنع انقسام الدين بين ورثته فى علاقتهم بالمدين · فلا يستطيع المدين أن يؤدى الا لكل وارث على حـدة ويقـدر حصته فى الميراث (كل ذلك الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام) (م· ٢/٣٤٣ مدنى كويتى ــ ٢/٢٨٠ مدنى مصرى) ·

٢١١ ــ ٢ ــ مبدأ تعـدد الروابط Pluralite de liens...

ويعنى المبدأ ببساطه استقلال رابطة كل دائن بالمدين عن رابطة غيره من الدائنين به ·

ويرتب المبدأ بهـذا المعنى عـدة نتائج :

(أ) يتعين على كل دائن أن يأخـذ فى الاعتبار ما قـد يلحـق رابطتـه بالمدين ــ وهى مستقلة ــ من أوصاف كما لو كان الدين بالنسبة له معلقا على شرط أو مضافا الى أجـل ·

(ب) لا يجـوز للمدين اذا طالبه دائن من الدائنين المتضامنين ان يحتج ضـده بدفـوع تخص دائنا آخر · كما لو كان الدين قابلا للابطال بسبب عيب لحـق رضـا هـذا الآخر · كل ما هنـالك أن المدين يستطيع أن يتمسك ضـد هـذا الدائن بالدفـوع التى تخصـه وكذا بالدفـوع المشتركة بين كل الدائنين مثل الدفـع بعـدم المشروعيه (م· ٢/٣٤٢ مدنى كويتى ــ م· ٢/٢٨١ مدنى مصرى) ·

(جـ) اذا برئت ذمة المدين قبـل أحـد الدائنين المتضامنين بسبب غير فلا تبرأ ذمته قبـل باقى الدائنين الا بقـدر حصـة الدائن الـذى برئت ذمة المدين قبله وقـد تضمنت هـذا الحكم المـادة ١/٣٤٤ من القانون المدنى الكويتى (م· ١/٢٨٢ مدنى مصرى) ولعـل تبرير هـذا الحكم ــ تفريعا عن الأثر السابق أمر ممكن دون عنـاء لأن أسباب انقضاء الدين بغير الوفاء هى أسباب خاصة بمن ينقضى التزامه بسبب منها فلا يضار بها بقية الدائنين وتظـل ذمة المدين مشغولة بباقى الدين بالنسبة لهم[١٧] ·

الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله وقد تضمنت هذا الحكم المادة ١/٣٤٤ من القانون المدنى الكويتى (م· ١/٢٨٢ مدنى مصرى)· ولعل تبرير هذا

---

(١٧) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٨٧ ·

٢١٢ ـ ٣ ـ مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر :

تضمنت المادة ٢/٣٤٤ من القانون المدنى الكويتى مبدأ النيابة التبادلية بين الدائنين فيما ينفع لا فيما يضر اذ قالت « واذا أتى أحد الدائنين المتضامنين عملا من شأنه الاضرار بغيره من الدائنين لم ينفذ هذا العمل فى حقهم » (م٠ ٢/٢٨٢ مدنى مصرى) ٠

وكما يبين من النص ،فانجوهر هذا المبدأ يتمثل فى تحقيق مصلحة الدائنين المتضامنين بالا ينفذ فى حقهم أى عمل يقع من أحدهم يكون من شأنه الاضرار بهم ٠

De l'idee de representation on titre encore d'autres consequences en disant que les actes accomplis par un creancier profitent a tous mais ne sauraient nuire aux autres ......

وتطبيقا لهذا المبدأ اذا قطع أحد الدائنين المتضامنين سريان التقادم بالمطالبة القضائية مثلا ، أو اعذر المدين ، استفاد من ذلك بقية هؤلاء الدائنين ، وعلى العكس من ذلك فانه اذا قام أحد الدائنين وابرأ المدين من الدين ، فان ابراء مثل هذا لا يحدث أثره الا بالنسبة للدائن المبرئ فقط وبقدر حصته دون أن يضار الباقى ٠ ونفس الأمر اذا صدر حكم لصالح المدين ضد أحدهم ، كان مقصورا باثاره على المحكوم ضده فقط دون سائر الدائنين ٠ والعكس صحيح اذا صدر الحكم ضد المدين لصالح أحدهم ٠

٢١٣ ـ ثانيا : آثاره فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم :

لقد أرست المادة ١/٣٤٥ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٢٨٣ مدنى مصرى) المبدأ الذى يحدد آثار التضامن فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم حين قالت « كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويقتسمونه بالتساوى الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » ٠

وفى ضوء هذا النص يمكننا القول بانه وآثار التضامن الايجابى فى علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين يحكمها ثلاثة مبادئ منها وحدة الدين ، فان مبدأ واحدا يحكم آثار هذا التضامن فى علاقة هؤلاء الدائنين ببعضهم

وهو مبدأ تقسيم الدين بينهم . وبعبارة أخرى ، اذا كان الدين يعد وحدة لا تقبل التجزئة فى علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين ، فانه ينقسم فى علاقة هؤلاء فيما بينهم[18] .

ومفاد انقسام الدين على هذا الوجه ، ان كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين يكون من حق سائر الدائنين أيضا ويقتسمونه جميعا وفقا لحصصهم فى الاتفاق المنشئ للتضامن والا كانت القسمة بالتساوى[20] . كل ذلك ما لم يوجد لتفاق او نص يقضى باستثناء الدائن المستوفى بكل الحق . كما لو كان سائر الدائنين مجرد وكلاء عن هذا الدائن فى القبض .

---

(18) راجع MARTY ET RAYNAUD : op. CA n. 778, — 783.

(19) فى هذا المعنى : انور سلطان ، المرجع السابق ، رقم ٣٦٦ ، ص ٢٣٨ .

(20) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٥٦ ، ص ٣٥٣ .

المطلب الثانى

التضامن السلبى

LA SOLIDARITE PASSIVE

٢١٤ ـ تقسـيم :

نتناول أولا تعريف التضامن فى هـذه الصورة له مـع بيان أهميتـه ومصادره ثم نعرض لآثاره ثانيا كل ذلك فى فرعين مستقلين ·

الفرع الأول

تعريف التضامن السلبى وأهميته ومصادره

٢١٥ ـ تعـريف :

ينبنى التضامن السلبى على تعـدد المدينين بدين واحـد فى مصـدره بحيث يجـوز للدائن مطالبتهم بالدين مجتمعين أو منفردين (م· ١/٣٤٦ مدنى كويتى ـ م· ١/٢٨٥ مدنى مصرى)(٢١) وينبغى أن نفرق بين الالتزام التضامنى Obligation Solidaire من ناحية والالتزام التضامنى Obligation in Solidum من ناحية أخرى · ففى الالتزام التضامنى نجـد الدين واحـدا وقـد نشأ عن مصدر واحـد بالرغم من عـدد المدينين · أما فى الالتزام التضامنى ويسمى أحيانا بالمسئولية المجتمعه فيتعـدد المدينـون ويتعـدد مصـدر الدين أو يختلف ولو كان هـذا الدين وحدا(٢٢) ومثال التضامم كما لو التزم شخصان بتعويض ثالث عن ضرر اصابه ، بحيث يكون مصدر التزام أحـدهما المسئولية العقـدية أما الثانى فيكون مصدر التزامه المسئولية التقصيرية ويحـدث ذلك اذا قام شخص بتحريض عامل على ترك العمل فى منشأة ترتبط الأخير مـع صاحبها بموجب عقـد عمل · فيكون العامل مسئولا عن اخـلاله بعقـد العمل ويلتزم بتعـويض صاحب العمل على أساس المسئولية العقـدية · ويكون المحرض مسئولا أيضا عن تعـويض صاحب العمل عما أصابه من ضرر على أسـاس المسئولية التقصيرية(٢٣) ·

---

(٢١) راجع فى تعريف التضـامن السـلبى وفقا للمـادة ١٢٠٠ من القانون المدنى الفرنسى · MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 780 :

(٢٢) راجع فى هذه التفرقة CARBONNIER op. cit., n. 134 bis, p. 525-528
MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 797-800, p. 800-805
MAZEAUD : op. cit., n. 1070-1072, p. 1000-1005

(٢٣) راجع هـذا المثـال وأمثلة أخرى · MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 798(p. 8028.

يضاف الى ما تقدم ، فى التفرقة بين التضامن والتضامم ، ان الأول قد يكون بين للدائنين أو بين المدينين أما الثانى فلا يكون الا بين مدينين . كذلك فالتضامن باعتباره وضعا يلحق الالتزام يتقرر أما باتفاق أو نص فى القانون بخلاف التضامم وتفرضه طبيعة الأشياء[٢٤] . يضاف الى ذلك أيضا فى التفرقة بين التضامن والتضامم ان مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر بحكم علاقة المدينين المتضامنين بخلاف المدينين بالالتزام التضاممى . هذا بخلاف فروق أخرى بينهما فى الآثار نعرض لها عند تناول آثار التضامن السلبى .

٢١٦ ــ أهمية التضامن السلبى ومصادره :

والتضامن السلبى ينبنى ــ كما ذكرنا ــ على تعدد المدينين على الرغم من وحدة الدين بحيث يستطيع الدائن أن يطالبهم بالدين مجتمعين أو منفردين ، يمكننا أن نقف دون عناء على مبعث أهمية هذا النوع من التضامن . ففى مطالبة الدائن للمدينين جميعا بكل الدين ضمان حقيقى يؤمنه خطر اعسار احدهم هذا من جهة وفى مطالبة الدائن أحد المدينين بكل الدين واستيفائه منه ما يجنب هذا الدائن مشقة لجراءات التقاضى وعبء نفاقها[٢٥] . وانطلاقا من الأهمية تلك ، نجده كثير الوقوع فى الحياة العملية على خلاف التضامن الايجابى .

وعن مصادر التضامن السلبى ، نبرز بداية ما نصت عليه المادة ٣٤٢ مدنى كويتى (م. ٢٧٩ مدنى مصرى) بخصوص التضامن بصفة عامة اذ قالت « التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون وذلك مع مراعاة قواعد التجارة » .

وللوهلة الأولى ، يتضح من النص أن التضامن بصفة عامة ، ايجابى ــ كما نوهنا من قبل ــ أو سلبى لا يفترض فى وجوده . وعلة ذلك بالنسبة

---

(٢٤) MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 797, p. 801

راجع ايضا فى هذه التفرقة ونتائجها : السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، مشار اليه من قبل ، رقم ١٧٦ ، ص ٢٨٥ ، وما بعدها .

(٢٥) " En effet, la Solidarite' constitute une veritable surete debiteurs sera supportee par less codebiteurs. Sol Soirables pour le Creancier. Car grace a elle, l'insolvabilite de l'un dis et Ron __ar le creancier ".

V. MAZEAMD : op. cit., n. 1056, p. 929.

V. aussi: MARTY ET RAYNAUD : op. cit., p. 783, n. 780.

للتضامن السلبى بصفة خاصة ، ترجع فى نظرنا - كما أوضحنا عند بيان أهميته - الى أن هذا التضامن يخول الدائن ضمانا يجنبه مغبة اعسار أحد المدينين المتضامنين وذلك بمطالبة غيره الموسر منهم ونتيجة ذلك انتقال عبء اعسار أحدهم عن عاتق الدائن الى عاتق الموسر منهم • وليس من شك فى أنه لم يكن هناك يد أمام المشرع والحالة هذه من أن يقرر عدم افتراض التضامن السلبى ووجوب نشوئه اما بالاتفاق أو بنص القانون • فتحمل المدينين المتضامنين - والفرض يسارهم - عبء اعسار أحدهم هو أمر يقتضى أما موافقتهم عليه واما الزامهم به بنص قانونى • لذا نرى المشرع وقد حصر مصادر ذلك النوع من التضامن فى الاتفاق ونص القانون •

ويهمنا هنا أن نبرز ملاحظة نعتقد فى أهميتها • ذلك أن حظر المشرع المدنى الكويتى لافتراض التضامن انما يقتصر فقط على الالتزامات المدنية دون التجارية • ويكون بذلك قد حسم خلافا فى الفقه احتدم ردحا طويلا من الزمن حول الموضوع(٣٦) •

وينشأ التضامن السلبى على ما تقدم ، عن اتفاق صريح أو ضمنى كما يمكن أن يتقرر بنص قانونى مثال ذلك ما نصت عليه المادة ١/٢٢٨ من القانون المدنى الكويتى من أنه « اذا تعدد الأشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم التزم كل منهم فى مواجهة المضرور بتعويض كل الضرر » والتزامهم تضامنى أو على وجه الدقة تضاممى(٣٧) •

وقد نصت على تضامن المسئولين عن تعويض الضرر الناتج عن العمل غير المشروع المادة ١٦٩ مدنى مصرى • مثال ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١/٦٩٢ مدنى كويتى من أنه « يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تهدم أو خلل جزئى فيما شيداه من مبان أو اقاماه من منشآت ثابتة وذلك خلال عشر سنوات من وقت اتمام البناء أو الانشاء ••• » وهو الأمر الذى نصت عليه أيضا المادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى • ومن الأمثلة أيضا ما نصت عليه المادة ١/٧٥٩ مدنى كويتى بخصوص التزام الكفلاء بعقود متوالية ومسئولية كل كفيل منهم عن كل الدين • وما نصت عليه المادة ٧٦٦ مدنى كويتى من أن يكون الكفلاء متضامنين فى الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية(٣٨) •

---

(٣٦) راجع فى هذا الخلاف : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق هامش رقم ٣ ، ص ٣٣٨ •

(٣٧) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٥٩ •

(٣٨) قارن نص المادة ٧٩ من القانون المدنى المصرى بخصوص تضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية أو القانونية •

الفرع الثانى

آثار التضــامن السلبى

٢١٧ ـ نبحث آثار هـذا التضامن فى علاقــة المدينين المتضامنين بالدائن ، ثم آثاره فى علاقــة المدينين المتضامنين فيما بينهم ٠

٢١٨ ـ أولا : آثار التضامن السلبى فى علاقة المدينين المتضامنين بالدائن ٠:

يحكم آثار هـذا التضامن فى علاقــة المدينين المتضامين بالدائن ثلاثة مبادىء أساسية هى :

١ ـ وحـدة المحـل ٠

٢ ـ تعـدد الروابط ٠

٣ ـ النيابه التبادلية فيما ينفــع ولا فيما يضر ٠

٢١٩ ـ ١ ـ مبدأ وحـدة المحـل :

ومؤدى المبدأ أن محـل الالتزام واحـد بالنسبة لجميع المدينين ٠ فمـــا يلتزم به أى مدين هـو ما يلتزم به غيره من المدينين ويترتب على ذلك ما يأتى من آثار :

(آ) يكون للدائن الحـق فى مطالبة مدينيه المتضامنين معـا أو مطالبــة أحـدهم على سبيل الأفراد أو مطالبة بعضهم دون البعض ونصت على ذلك المادة ١/٣٤٦ مدنى كويتى (م٠ ١/٢٨٥ مدنى مصرى) ٠ واذا طالب أحـدهم لا يجـوز له دفـع مطالبة الدائن بوجـوب تقسيم الدين ٠

(ب) يترتب على وفاء أحـد المدينين بالدين عينا أو بمقابل براءة ذمته وبراءة ذمة الباقين هكذا نصت المـادة ١/٣٤٧ مدنى كويتى (م٠ ٢٨٤ مدنى مصرى) ٠ فاذا رفض الدائن ان يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن كان لهـذا المدين أن يجبره على قبول الوفاء بأن يعرض الدين عليه عرضـا حقيقا ومن ثم تبرأ ذمته وذمة الباقى ٠

وتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعا ايضا اذا تمت حـوالة الدين من أحـد المدينين المتضامنين الى شـخص آخر الا اذا لم يرض هـؤلاء بالحـوالة ٠ ٢/٣٤٧ مدنى كويتى ٠ (م٠ ٢٨٤ مدنى مصرى) ٠

وتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعا بتجـديد الدين فى علاقة الدائن واحـد المدينين المتضامنين ٠ ذلك أن مقتضى التجـديد انقضاء الالتزام الأصلى بتوابعه وتأميناته لينشأ مكانه التزام جـديد ومن تأمينات الالتزام الذى انقضى تضامن المدينين به ٠ كل ذلك ما لم يحتفظ الدائن بحقـه قبـل باقى المدينين المتضامنين رغم انقضاء الدين بالنسبة لأحـدهم بالتجـديد ٠ (م٠ ٣٤٨ مدنى كويتى ـ م٠ ٢٨٦ مدنى مصرى) ٠

وفـوق ما تقـدم ، تنـاول المشرع المدنى الكويتى حالتين ينقضى فيهمـا الالتزام بالنسبة لأحـد المدينين قبـل الدائن ويبقى الالتزام تضامنيا بالنسبة لسائر المدينين المتضامنين على الرغم من ذلك ٠

الحالة الأولى نصت عليها المـادة ٣٤٩ من القانون المدنى الكويتى ونصها انه « لا يجـوز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصـة التى تقـع بين الدائن ومدين متضامن آخر الا بقـدر حصـة هـذا المدين الآخر » ٠ وعليه ، فاذا انقضى الدين بالمقاصـة[٢٩] بين الدائن واحـد المدينين المتضامنين امتنع على الدائن أن يرجـع على هـذا المدين ولا يبقى له الا الرجـوع على بقية المدينين المتضامنين فيحـق له مطالبة كل منهم ـ وبعـد استنزال حصـة من انقضى دينـه قبـله بالمقاصـة ـ بجملة الدين[٣٠] أى أن الدين ينقضى بالنسبة لهم بقـدر حصـة هـذا المـدين ٠

أما الحالة الثانية فقـد ضمنها المشرع الكويتى نص المـادة ٣٥٠ من القانون المدنى هناك ، وتخص انقضاء الدين باتحـاد الذمة بين أحـد المدينين

---

(٢٩) La Compensation est Lixtimction de deux obligations de la mine espice. V. CARBONNIER op. cit., n. 132, p. 512

(٣٠) راجع حكم المـادة ٢٨٧ مدنى مصرى ٠

المتضامنين من جهة والدائن من جهة أخرى · واتحاد الذمة[٣١] كما سنرى فيما بعد - عبارة عن اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة الى دين واحد · فاذا انقضى دين أحد المدينين المتضامنين قبل الدائن باتحاد الذمة عن طريق خلافة أحدهما للآخر ، اقتصر هذا الانقضاء بالنسبة لباقى المدينين على قدر حصة هذا المدين فقط[٣٢] ·

(جـ) يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا هكذا نصت المادة ٢/٣٤٦ من القانون المدنى الكويتى وكذلك يجوز له أن يحتج حسبما يقضى هذا بأوجه الدفع الخاصة به (راجع المادة ٢/٢٨٥ مدنى مصرى) · ومثال الدفوع المشتركة الدفع ببطلان الالتزام مطلقا لعدم المشروعية فى السبب أو المحل · أما الدفوع الخاصة فيمكن أن نمثل لها بالدفع المرتبط بعيوب ارادة المدين وتعرض له فى مجال تعدد الروابط ·

٢٢٠ - ٢ - مبدأ تعدد الروابط :

تتعدد رابطة المدينين المتضامنين بالدائن مما يعنى استقلال رابطة كل مدين منهم بالدائن عن رابطة غيره به ·

ويترتب على ذلك ما يأتى من آثار :

(أ) وجوب الاعتداد بكل وصف يلحق رابطة التزام اى مدين - وهى مستقلة - بالدائن · كما لو كان التزام احد المدينين مضافا الى اجل دون التزام الباقى أو لو كان الالتزام بجملته مضافا الى أجل بالنسبة لكل المدينين المتضامنين وسقط الاجل بالنسبة لأحدهم حيث يتعين على الدائن مراعاة ذلك فى المطالبة بحقه ·

---

(٣١) La Confusion : C'est Lievenement quireunit enune seute, La personne du debiteur et la personne du criancier par ex. quand L'une herited l'autre.

V. SAVATIER : op. cit., n. 320 p. 387.

(٣٢) راجع حكم المادة ٢٨٨ مدنى مصرى ·

(ب) اذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالوفاء امتنع عليه أن يدفع هذه المطالبة بدفع يخص مدينا آخر من هؤلاء · فاذا كان الدين قابلا للابطال بالنسبة لأحد المدينين نظرا لعيب شاب ارادته امتنع على أى مدين آخر أن يتمسك بالدفع بالبطلان حال مطالبه الدائن أياه بالوفاء ·

(جـ) اذا انقضى الالتزام بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لسبب لم يتحقق الا بالنسبة له ، بقى الالتزام تضامنيا بالنسبة لسائر المدينين · ومن تطبيقات ذلك ما ذكرنا بخصوص انقضاء دين أحد هؤلاء المدينين بالمقاصة واتحاد الذمة وقد أضاف المشرع المدنى الكويتى تطبيقات أخرى لذلك · فقد نصت المادة ١/٣٥١ على أنه اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك(٣٣) فاذا لم يصدر منه هذا التصريح كان له ـ وهذا حكم الفقرة الثانية من النص المذكور ـ ان يطالب باقى المدينين المتضامنين بما بقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبدأه · ومع ذلك يكون له أن يطالبهم بكل الدين اذا احتفظ لنفسه بهذا الحق · وفى هذه الحالة الأخيرة يكون لهؤلاء المدينين حق الرجوع على المدين الذى صدر الابراء لصالحه بمقدار حصته فى الدين(٣٤) · ويلاحظ أنه اذا قام الدائن وأبرأ أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط بقى حقه فى الرجوع على الباقى بكل الدين ما لم يتفق على غير ذلك (م· ٣٥٢ مدنى كويتى)(٣٥) ·

وفى جميع الأحوال التى يبرىء فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين أو التضامن يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة من أعسر منهم (م· ١/٣٥٣ مدنى كويتى)(٣٦) على أنه اذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين تحمل الدائن نصيب هذا المدين فى حصة من أعسر من المدينين · (م· ٢/٣٥٣ مدنى كويتى)(٣٧) ·

---

(٣٣) راجع حكم المادة ١/٢٨٩ مدنى مصرى ·

(٣٤) راجع حكم المادة ١/٢٨٩ مدنى مصرى ·

(٣٥) راجع حكم المادة ٢٩٠ مدنى مصرى ·

(٣٦) راجع حكم المادة ١/٢٩١ مدنى مصرى ·

(٣٧) راجع حكم المادة ٢/٢٩٠ مدنى مصرى ·

ومن التطبيقات أيضا ما نصت عليه المادة ١/٣٥٤ مدنى كويتى من أنه اذا امتنع سماع الدعوى بمرور الزمن بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين الا بقدر حصة هذا المدين ·

ويلاحظ أن هذا النص يختلف فى بعض عباراته عن نظيره المصرى وان كان الحكم فيهما متماثلا فى مضمونه فقد نصت المادة ١/٢٩٢ مدنى مصرى على أنه اذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين الا بقدر حصة هذا المدين · والواضح أن المشرع الكويتى قد استعمل عبارة مرور الزمن بخلاف المشرع المصرى الذى استخدم عبارة التقادم ليكون النص الكويتى بذلك متمشيا فيما يستخدمه من مصطلحات مع الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص ·

وفى الحقيقة ، فانه اذا دققنا النظر لوجدنا أن أمر اختلاف النصين (الكويتى والمصرى) انما يتجاوز بكثير الاختلاف فى عبارات استخدمها المشرع المدنى فى البلدين · اذ الأمر يتعلق بنظامين قانونيين بخصوص مرور الزمان وأثره ، أخذ كل مشرع فى بلد بواحد منهما · ويختلفان بصورة جوهرية ·

فالمشرع المدنى الكويتى قد أخذ بأحكام مرور الزمن عن الفقه الاسلامى · وغيه لا يسقط الحق بمرور زمن أو مضى مدة · كل ما هنالك أن مرور الزمن هذا يمنع سماع الدعوى بالحق دون سقوطه عند انعدام العذر والانكار ·

أما المشرع المدنى المصرى فقد أخذ بنظام تقادم الحق وسقوطه بمضى المدة · وسوف نعرض لذلك تفصيلا فيما بعد فى الباب المتعلق بأسباب انقضاء الالتزام ·

٢٢١ – ٣ – مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع ولا فيما يضر :

لم يصرح المشرع المدنى الكويتى ولا نظيره المصرى بمبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين كما صرح به بالنسبة للدائنين المتضامنين · وعلى كل حال فانه يمكن استخلاص هذا المبدأ من نص المادة ١/٣٥٥ مدنى كويتى (م· ١/٢٩٣ مدنى مصرى) اذ قالت : « لا يكون المدين المتضامن مسئولا فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام الا على فعله » ومفهوم ذلك أن كل مدين يسأل عن اى فعل يصدر منه بخصوص تنفيذ الالتزام ويكون من شأنه الاضرار بسائر المدينين المتضامنين · وهذا هو جوهر مبدأ النيابة التبادلية بين هؤلاء فيما

ينفع لا فيما يضر · ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٤ مدنى كويتى (م· ٢/٢٩٢ مدنى مصرى) من أنه اذا انقطعت المدة المقررة لمنع سماع الدعوى أو أوقف سريانها بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين · والمعنى الواضح لذلك أنه لا نيابة تبادلية بين هؤلاء المدينين فيما يضرهم · وهو الحال فى حالة قطع أو وقف سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعـوى ·

ومن تطبيقات انعدام النيابة التبادلية أيضا بين المدينين المتضامنين فيما يضر[٣٨] ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٥ مدنى كويتى (م· ٢/٢٩٣ مدنى مصرى) من أنه اذا اعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قضاة فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقى المدينين ·

أما عن تطبيقات وجود النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع ما جاء فى نهاية الفقرة الثانية من النص السابق وتقضى بأنه اذا اعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن استفاد من هذا الاعذار باقى المدينين ·

كذلك ما نصت عليه المادة ٣/٣٥٧ مدنى كويتى (م· ٣/٢٩٥ مدنى مصرى) من أنه اذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فحلفها استفاد من ذلك باقى المدينين ·

نضيف أيضا ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٨ مدنى كويتى (م· ٢/٢٩٦ مدنى مصرى) من انه اذا صدر حكم لصالح أحد المدينين المتضامنين استفاد منه الباقى ما لم يكن الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحـه ·

كذلك ما نصت عليه المادة ٣٥٦ مدنى كويتى فى صددها (م· ٢٩٤ مدنى مصرى) من أنه اذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن

---

(٣٨) راجع تطبيقات اخرى / ما نصت عليه م٣٥٦ مدنى كويتى فى عجزها بخصوص الصلح الذى يبرمه الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وكان من شأنه أن يرتب فى ذمة هؤلاء التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به ·

كذلك ما جاء فى المادة ١/٣٥٧ ، ٢ مدنى كويتى بخصوص لقرار احد المدينين المتضامنين بالدين أو نكوله عن اليمين او توجيهه الى الدائن يمينا حلفها فلا يضار باقى المدينين · كذلك ما نصت عليه المادة ١/٣٥٨ بخصوص صدور حكم ضد احد المدينين المتضامنين فلا يحتج به على الباقين ·

للصلح الابراء من الدين او براءة الذمة منه بأى وسيلة أخرى استفاد منه الباقون .

٢٢٢ ـ ثانيا : آثار التضامن السلبى فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم .

اذا كان التضامن يمثل عقبة تمنع انقسام الالتزام فان ذلك لا يكون الا فى علاقة المدينين بالدائن . أما فى علاقتهم فيما بينهم فالأصل هو انقسام الالتزام(٣٩) ولما كان الأمر كذلك فان النتيجة النهائية هى أنه اذا قام أحد المدينين واوفى بالدين كان له الرجوع على باقى المدينين . على انه اذا كان أحد المدينين معسرا فى هذا الرجوع تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى ومعه سائر المدينين . ونبحث انقسام الالتزام ورجوع المدين الموفى .

(أ) انقسام الالتزام :

ينقسم الالتزام فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم ، مما ينتج معه فى النهاية القول بأن كل مدين يلتزم بحصته . والمرجع فى تحديد الحصص المصدر المنشىء للتضامن سواء كان اتفاقا أو نصا قانونيا . فاذا لم تتحدد الحصص فى المصدر المنشىء للتضامن كانت الحصص متساوية . (م. ٢/٣٥٩ مدنى كويتى ـ م. ٢/٢٩٧ مدنى مصرى) وهو ما نصت عليه المادة ١٢١٣ من القانون المدنى الفرنسى . واستثناء على الأصل ماثل فى وجوب انقسام الدين بين المتضامنين ، نصت المادة ٣٦٠ مدنى كويتى على انه اذا كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين تحمل به كله فى علاقته بالباقين . وهو نفس الحكم الذى نصت عليه المادة ٢٩٩ مدنى مصرى . وهو الحكم الذى نصت عليه المادة ١٢١٦ من القانون المدنى الفرنسى . كما لو كان أحد المدينين هو المدين الأصلى والباقى ضمان له .

٢ ـ رجوع المدين الموفى على غيره من المدينين :

يكون رجوع أحد المدينين المتضامنين على غيره من المدينين اذا قام بوفاء كل الدين أو حتى جزء منه ما دام هذا الجزء يزيد على حصته . وعليه لا يجوز له هذا الرجوع اذا قام بوفاء حصته فقط .

ويكون رجوع المدين على غيره من المدينين كل بقدر حصته (م. ١/٣٥٩ مدنى كويتى ـ ١/٢٩٧ مدنى مصرى) . ويقيد رجوع المدين بهذا القدر

---

(٣٩) راجع MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 790, p. 792.

اعسار أحد المدينين . اذ يستنزل فى رجوعه على الباقى نصيبه فى حصة من أعسر (م. ٣/٣٥٩ مدنى كويتى ـ م. ٢٩٨ مدنى مصرى) .

ويتحدد رجوع المدين على الوجه المتقدم بأكمله بطريقين :

الأول : ويكون بدعوى شخصية أما باعتباره وكيلا أو باعتباره فضوليا تبعا لما اذا كان مصدر التضامن الاتفاق أو النص على التوالى .

الثانى : ويكون بدعوى الحلول وفقا لحكم المادة ١/٣٩٤ مدنى كويتى (م. ١/٣٢٦ مدنى مصرى) . والحلول هنا قانونى بغض النظر عما اذا كان التضامن اتفاقيا أو قانونيا . وللمدين الموفى الخيار بين الدعويين .

وبعد ما تقدم ، نذكر كما نوهنا من قبل بفارق بين التضامن السلبى والتضامم بخصوص آثار كل منهما .اذ ينقسم الدين فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم بحيث يكون لمن وفى منهم ان يرجع على سائر المدينين كل بقدر حصته . أما فى الالتزام التضاممى فانه وان كان يقبل الانقسام أحيانا بين المدينين به كما هو الحال فى المسئولية المجتمعة فليس دائما . اذ يمكن أن نتصور أحد المدينين به وقد أوفى ومع ذلك لا يرجع على غيره من المدينين ، ويتحمل من ثم العبء النهائى . كما لو أوفى المؤمن بمبلغ التأمين للمضرور حيث لا يجوز له أن يرجع على المسئول الآخر بما أدى .

٢٢٣ ـ التضامن بين المدينين وأحكامه فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

سبق أن ذكرنا ـ فى مجال التضامن بين الدائنين ـ أن المادة ٢٢٦ من المشروع قد نصت على أن التضامن بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون .

أولا : وعن آثار هذا التضامن فى علاقة المدينين المتضامنين بالدائن ، نصت المادة ٢٧١ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين .

٢ ـ ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا » .

وواضح أن النص يعالج من آثار التضامن السلبى فى النطاق المتقدم ذكره بعض الآثار المتفرعة عن مبدأ وحدة المحل ومن تعدد الروابط كما أوضحنا من قبل · وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٢٨٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٣٤٦ من القانون المدنى الكويتى ·

أما المادة ٢٧٢ من المشروع فقد نصت على أنه « اذا أوفى أحد المدينين الدين برئت ذمة الباقين » ·

والمادة المقترحة هذه ، وهى تعالج أثرا من آثار التضامن على الوجه المتقدم ، تطابق المادة ٢٨٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ من القانون المدنى الكويتى ·

ثانيا : وفى نطاق آثار التضامن على الوجه المتقدم · وارتباطا بمبدأ وحدة المحل فانه اذا كان يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين براءة ذمته ومن معه من المدينين ، فان ذمة هؤلاء تبرأ أيضا بتجديد الدين فى علاقة الدائن بأحد المدينين · ونصت على هذا الحكم المادة ٢٧٣ من المشروع اذ قالت : « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » ·

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٢٨٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا المادة ٣٤٨ من القانون المدنى الكويتى ·

اضافة الى الأحكام السابقة ، نصت المادة ٢٧٤ من المشروع على ما يأتى :
« لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر الا بقدر حصة هذا المدين » ·

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٢٨٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا المادة ٣٤٩ من القانون المدنى الكويتى ·

ونصت المادة ٢٧٥ من المشروع على أنه « اذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فان الدين لا ينقضى بالنسبة الى باقى المدينين الا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن » · والمادة على هذا النحو تطابق المادة ٢٨٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٣٥٠ من القانون المدنى الكويتى ·

أما المـادة ٢٧٦ من المشروع فقـد نصت على ما يأتى :

« ١ ــ اذا أبرأ الدائن أحـد المدينين المتضامنين ، فـلا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك ٠

٢ ــ فاذا لم يصـدر منه هـذا التصريح ، فليس له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعـد خصم حصـة المدين الذى ابرأه الا أن يكون قـد احتفظ بحقـه فى الرجـوع عليهم بكل الدين ٠ وفى هـذه الحالة يكون لهم حـق الرجـوع على المدين الذى صـدر الابراء لصالحه بحصته فى الدين ٠

والمـادة تطابق المـادة ٢٨٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٣٥١ من القانون المدنى الكويتى ٠

وقـد عرضنا للنصوص السابقة من القانون المدنى الكويتى والقانون المدنى المصرى الحالة عند دراستنا لآثار التضامن السلبى فى علاقـة المدينين المتضامنين بالدائن ٠

ثالثا : وفى اطار آثار التضامن السلبى فى علاقة المدينين المتضامنين بالدائن أيضا نصت المـادة ٢٧٧ من المشروع على ما يأتى :

« اذا أبرأ الدائن أحـد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقى حقـه فى الرجـوع على الباقين بكل الدين ، ما لم يتفـق على غير ذلك » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٢٩٠ من القانون المدنى المصرى الحـالى ، كما تطابق أيضا المـادة ٣٥٢ من القانون المدنى الكويتى ، وقـد أشرنا الى النصين الأخيرين فيما سـبق ٠

وفى الاطار السابق أيضا نصت المـادة ٢٧٨ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ــ فى جميع الأحـوال التى يبرىء فيهـا الدائن أحـد المـدينين المتضامنين ، سواء كان الابراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقى المدينين أن يرجعـوا عند الاقتضاء على هـذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم ٠

٢ ــ على أنه اذا أخلى الدائن المدين الذى ابرأه من كل المسئولية عن الدين ، فان الدائن هـو الذى يتحمل نصيب هـذا المدين فى حصة المعسر »

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٢٩١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٣٥٣ من القانون المدنى الكويتى ٠

رابعا : وفى نفس الاطار السابق وعلى أساس مبدأ تعـدد الروابط الذى درسناه من قبل ، نصت المـادة ٢٧٩ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا امتنع سماع الدعـوى بسبب التقـادم بالنسبة لأحـــد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين الا بقـدر حصـــة هـذا المـــدين ٠

٢ ـ اذا انقطعت المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى او وقف سريانها بالنسبة لأحـد المدينين المتضامنين ، فـلا يجـوز للدائن أن يتمسك بذلك قبـل باقى المدينين » ٠

ولا يخفى أن النص يتضمن تطبيقا للنيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفـع لا فيما يضر ٠

وعلى كل حال ، فان هـذه المـادة تطابق المـادة ٣٥٤ من القانون المدنى الكويتى ٠

أما عن النص المقابل من القانون المدنى المصرى الحالى لنص المـادة المذكورة من المشروع فيجب أن يلاحظ اختلاف الحكم بينهما من زاوية مسلك المشروع اسلاميا وكونه أخـذ بمنع سماع الدعـوى لمرور الزمن دون أن يؤثر ذلك على الحـق ذاته ٠ وفى هـذا يختلف النص المدنى المصرى الحالى وهـو نص المـادة ٢٩٢ حيث يتكلم عن انقضاء الدين بالتقـادم ٠

خامسا : وعن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفـع لا فيما يضر قررت المـادة ٢٨٠ من المشروع فى فقرتها الأولى ما يمكن أن نسميه مبدأ فى هـذا الصـدد اذ قالت : « لا يكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله » ٠ وأضافت فى فقرتها الثانية « واذا اعـذر الدائن أحـد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقى المدينين ٠ أما اذا اعـذر أحـد المدينين المتضامنين الدائن ، فان باقى المدينين يستفيدون من هـذا الاعـــذار » ٠

وقـد أورد المشروع عـدة تطبيقات لمبدأ النيابة التبادلية :

التطبيق الأول : وجاء بالمـادة ٢٨١ ونصها كالآتى : « اذا تصالح الدائن مـع أحـد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين او براءة الذمة منه بأى وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقـون ، أما اذا كان من شأن هـذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أو ما يزيد فيما هم ملتزمون به ، فانه لا ينفـذ فى حقهم الا اذا قبـلوه » •

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٢٩٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٣٥٦ من القانون المدنى الكويتى •

التطبيق الثانى : وجاء به المشروع فى المـادة ٢٨٢ ونصها كالآتى :

« ١ ــ اذا أقر أحـد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هـذا الاقرار فى حـق الباقـين •

٢ ــ واذا نكـل أحـد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجـه الى الدائن يمينا حلفها ، فلا يضار بذلك باقى المدينين •

٣ ــ واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحـد المدينين المتضامنين فحلف ، فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك » •

والمـادة تتضمن فى الواقـع اكثر من تطبيق • وهى تطابق المـادة ٢٩٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٢٥٧ من القانون المدنى الكويتى •

والتطبيق الثالث ، نصت عليه المـادة ٢٨٣ من المشروع على النحو التالى :

« ١ ــ اذا صـدر حكم على أحـد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهـذا الحكم على الباقـين •

٢ ــ أما اذا صـدر الحكم لصالح أحـدهم فيستفيد منه الباقـون الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صـدر الحكم لصالحه » •

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٢٩٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ،

كما تطابق أيضا المـادة ٣٥٨ من القانون المدنى الكويتى • وقـد درسنا النصين من قبـل •

سادسا : وفى آثار التضامن فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم مع بعض نصت المـادة ٢٨٤ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ــ اذا وفى أحـد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجـوز له أن يرجـع على أى من الباقـين الا بقـدر حصته فى الدين ، ولو كان بمـا له من حـق الحلول قـد رجـع بدعـوى الدائن ·

٢ ــ وينقسم الدين اذا وفاه احـد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ، ما لم يوجـد اتفـاق أو نص يقضى بغير ذلك » ·

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٢٩٧ من القانون المدنى المصرى الحـالى ، كما تطابق أيضا الفقرتين الأولى والثانية من المـادة ٣٥٩ من القانون المدنى الكويتى · وسبق لنـا دراسة حكم النصين ·

وفى آثار التضامن فى عـلاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم ايضـا ، نصت المـادة ٢٨٥ من المشروع على ما يأتى :

« اذا أعسر أحـد المدينين المتضامنين تحمل تبعـة هـذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين ، وسائر المدينين الموسرين ، كل بقـدر حصته » ·

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٢٩٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق ايضا الفقرة الثالثة من المـادة ٣٥٩ من القانون المدنى الكويتى · ودرسنا فيما سبق حكم النص الكويتى مـع الاشارة الى حكم هـذا النص من القانون المدنى المصرى الحالى ·

ونصت المـادة ٢٨٦ من المشروع على ما يأتى :

« اذا كان أحـد المدينين المتضامنين هـو وحـده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمله كله نحـو الباقين » · وهـذه المـادة تطابق المـادة ٢٩٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٣٦٠ من القانون المدنى الكويتى ·

المطلب الثالث

التضامن فى الفقه الاسلامى

أولا : تضامن الدائنين

٢٢٤ ـ تصور التضامن بين الدائنين فى الفقه الاسلامى :

يمكن تصور التضامن بين الدائنين المتعددين فى الفقه الاسلامى اذا ما وكل أحدهم غيره فى قبض الدين · ويكون ذلك بصفة خاصة فى الديون المشتركة حيث يوكل أحد الدائنين غيره فى قبض حصته · وما ذلك الا تطبيق لقاعدة فى الفقه الاسلامى نصت عليها مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٤٥٩ اذ قالت « يصح أن يوكل واحد غيره فى الأمور التى يجوز له أن يباشرها بنفسه وبايفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات » ·

ولما كان من الجائز فى الفقه الاسلامى ان يوكل الشخص غيره فى استيفاء حقه(٤٠) ، جاز لدائن ضمن دائنين متعددين أن يوكل أحدهم فى قبض حصته على ما ذكرنا ·

وقد اجازت المادة ٩٦٥ من مرشد الحيران التوكيل بقبض الدين بصفة عامة حين قالت « يجوز التوكيل بتقاضى الدين وقبضه من غير رضا الخصم سواء كان الموكل حاضرا أم غائبا صحيحا أم مريضا » ·

وقد نصت على الوكالة بقبض الدين المادتان ١٢٥٤ ، ١٢٥٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد ابن حنبل · ومن فروض التضامن الايجابى بين الدائنين فى الفقه الاسلامى ما يسمى بالدين المشترك · وهو الدين الذى لشخصين فأكثر بذمة ثالث بسبب واحد على حد قول المادة

---

(٤٠) راجع الوكالة فى قبض الديون عند الشافعية : المهذب ، الشيرازى ، مشار اليه من قبل الجزء الاول ، نهاية ص ٣٥٥ وبداية ص ٣٥٦ ·

وقد أجاز الوكالة فى قبض الدين واستيفاء الاموال ·

ويقول أيضا فى ص ٢٥٧ : « لا يجوز التوكيل الا فى تصرف معلوم ·········· وان قال وكلتك فى قبض جميع ديونى صح لانه يعرف ماله ودينه ······ وان قال اقبض ما شئت من ديونى جاز لانه عرف ماله ودينه » ·

١٨٠٠ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد ابن حنبل[٤١] • ومنه ما نصت عليه المادة ١٨٠٢ من هذه المجلة بخصوص ما اذا بيع او اجر مال مشترك صفقة واحدة فالثمن والاجرة دين مشترك بين الشركاء فى ذلك المال وكذا لو اقرض اثنان مالا مشتركا بينهما فهو دين مشترك •

وعن أحكام هذا الدين المشترك وما ينطوى عليه من تصور للتضامن بين الدائنين ما نصت عليه المادة ١٨٠٣ من مجلة الاحكام الشرعية من انه اذا اخر أحد الشريكين فى الدين المشترك الحال حقه جاز ، وليس له أن يؤخر حق شريكه ، وهذا التأخير لا يمنعه من مطالبة ولا مقاسمة الشريك الآخر فيما يقبضه من الدين المشترك • كذلك ما نصت عليه المادة ١٨٠٤ من مجلة الاحكام الشرعية سالفة الذكر من أنه اذا قبض أحد الشريكين من الدين المشترك دون اذن شريكه فللشريك الآخر أن يأخذ من القابض بنسبة حصته[٤٢] • الا يعد ذلك كله أثرا من آثار التضامن الايجابى فى علاقة الدائنين فيما بينهم ؟ الا يتفق مع حكم المادة الأولى والثانية ما جاء فى المادة ١/٣٤٥ مدنى كويتى (م• ٢٨٣ مدنى مصرى) من مبدأ مؤداه : ان كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويقتسمونه بالتساوى الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ؟ •

٢٢٥ ـ مبادىء تحكم التضامن بين الدائنين فى الفقه الاسلامى •

رأينا ونحن نتكلم عن آثار التضامن الايجابى بين الدائنين فى القانون المدنى عدة مبادىء تحكم آثار هذا التضامن على الأخص فى علاقة هؤلاء الدائنين بالمدين •

(أ) مبدأ وحدة المحل •

(ب) مبدأ تعدد الروابط •

(جـ) مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر •

ونتساءل الا يمكن تصور هذه المبادىء بمعناها وآثارها فى الفقه الاسلامى ؟

---

(٤١) « اذا كان لاثنين او أكثر فى ذمة آخر دين ناشىء من سبب واحد فهو دين مشترك ••••••• » (م ١٠٩١ من مجلة الاحكام العدلية) •

(٤٢) راجع فى هذا المعنى حكم المادة ١١٠١ من مجلة الاحكام العدلية ونصها كالآتى :
« ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركا بينهما وللشريك الآخر أخذ حصته منه ولا يسوغ للقابض ان يختص به وحده » •

ان ردا بالايجاب على هـذا التساؤل يمكن الوصول اليـه بتحليل نقـوم به ، نقف من خـلاله على ان القانون المدنى ، الكويتى والمصرى ، لا يختلف عن الفقـه الاسـلامى بشأن مايحكم التضامن بين الدائنين من مبادىء ٠

٢٢٦ ـ ١ ـ مبدأ وحـدة المحـل : فانه يعنى فى القانون المدنى ان محل الالتزام أى الدين واحـد بالنسبة لجميع الدائنين المتضامنين ٠ ومن اثار ذلك فى القانون المدنى كما بينا من قبـل انه لا يجـوز للمدين ان يفرض على أحـد دائنيه المتضامنين وفاء بقـدر نصيبه فى الدين وقلنا ان عـلة ذلك ترجـع الى ان وفاء مثل هـذا يعـد جزئيا ويتعارض مـع التضامن ٠ ونرى ان هـذا التصور لمبدا وحـدة المحـل وما يرتبه من اثر ليس الا تطبيقا لما جاء فى المادة ١٨٠٨ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ونصت على انه « ليس للمدين دينا مشتركا بسبب متحـد أن يخص بعض الشركاء بوفاء حقـه او بعضـه ٠٠٠٠٠٠ » ٠ أليس فى الدين المشترك بسبب متحـد ما ينبىء وبوضـوح عن تصـور لمبدأ وحـدة المحـل كما جاء بالقانون المدنى ؟ أليس فى منع النص للمدين بالدين المشترك من الوفاء لبعض الشركاء بحقـه أو جزء منه نفس تصور الوفاء الجزئى الممنوع قانونا فى حالة تضامن المدينين باعتباره اهـدارا لمبدأ وحـدة المحـل ؟

٢٢٧ ـ ٢ ـ مبدأ تعـدد الروابط :

ذكرنا أن معناه فى الفقـه القـانونى يتمثل فى أن رابطـة كل دائن بالمدين تكون مستقلة عن رابطة غيره من الدائنين به ٠ وان من الآثار المترتبة على ذلك أنه على الدائن أن يأخـذ فى الاعتبار ما قـد يلحق رابطته بالمدين ـ وهى مستقلة ـ من أوصاف ، كأن يكون الدين مضافا الى أجـل أو معلقا على شرط ٠ وهـذا التصـور القانونى لمبدأ تعـدد الروابط بأثره ليس سوى ترجمة لما جاء بالمادة ١٨٠٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل من انه ليس لأحـد الشريكين فى الدين المشترك الحال ان يؤخر حـق شريكه وان أخر حقـه هـو جاز ٠ الا يعنى ذلك ان كل دائن مستقل برابطته بالمدين وما يلحقهـا من أوصـاف ؟ ٠

٢٢٨ ـ ٣ ـ مبدأ النيابة التبادلية بين الدائنين فيما ينفع لا فيما يضر :

قلنا أن هـذا المبدأ تضمنته المـادة ٢/٣٤٤ مدنى كويتى (مادة ٢٨٢ مدنى مصرى) ويعنى أنّه اذا أتى أحـد الدائنين المتضامنين عمـلا من شـأنه الاضرار بغيره من الدائنين لم ينفـذ هـذا العمل فى حقهم ٠

ولا نرى فى ذلك سوى أعمال لما جاءت به المادة ١٧٩٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل اذ قالت : « يجبر الشريك على موافقة شريكه فى دفع مضرة أو ابقاء منفعة » • وقد جاء ذلك فى النص بمناسبة الدين المشترك لشخصين فى ذمة ثالث مما يعنى شركه ملك بينهما • أليس فى ذلك ما يعنى أن ما يأتيه دائن بدين مشترك لا يسرى فى حق غيره من الدائنين الا اذا كان نافعا وليس ضارا ؟ أليس فى ذلك ما يجسد فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر ؟ ويؤكد ذلك قول المادة ١٨٠٩ من مجلة الأحكام المذكورة أن « ابراء أحد الشريكين فى الدين المشترك ينفذ فى حقه دون حق شريكه » ومؤدى ذلك أن قيام أحد الدائنين بالدين المشترك بابراء المدين لا ينفذ فى حق غيره من الدائنين لانه ضار بهم • ليس من شك فى ان ذلك يؤكد فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر •

ثانيا : تضامن المدينين

٢٢٩ – تضامن المدينين معروف فى الفقه الاسلامى • ويظهر ذلك بصفة خاصة فى الكفالة • ولنا فى نصوصه ما يدل على ذلك •

جاء فى القواعد فى الفقه الاسلامى لابن رجب الحنبلى « فاذا ضمن اثنان دين رجل لغريمه فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين او بالحصة ؟ على وجهين : أحدهما كل منهما ضامن للجميع ، نص عليه أحمد فى رواية رجل له على رجل ألف درهم فكفل بها كفيلان كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذ جميع حقه منه »[٤٣] •

---

(٤٣) القواعد فى الفقه الاسلامى ، للحافظ ابى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى – سبق الاشارة اليه ، القاعدة الثالثة عشرة بعد المائة ، ص ٢٥٤ •

وتنص المادة ١١٢٣ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب احمد بن حنبل على ما يأتى « يصح تعدد الضمانات فى الحق الواحد ، فلو قال كل واحد منهم ضمنت لك الحق صار كل منهم ضامنا لجميع الحق .... » •

(٤٤) وقريب من تلك عند الشافعية ما ذكره الشيرازى فى المهذب بخصوص ضمان الدين « ويجب بالضمان الدين فى ذمة الضامن ولا يسقط عن المضمون عنه .... ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه لان الدين ثابت فى ذمتها ، فكان له مطالبتها فان ضمن عن الضامن ثالث جاز لانه ضمان دين ثابت فجاز كالضامن الاول » •

وجاء فى المادة ١٩٠ من مرشد الحيران أنه « اذا كان على عدة أشخاص دين وكان كل منهم كفيلا بجميعه عن أصحابه فللغريم أن يطالب به من شاء منهم ومطالبته لأحد منهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين فان دفع أحد منهم الدين بتمامه برئ الآخرون وللدافع الرجوع على أصحابه بما دفعه زائدا على ما هو واجب عليه أن كانت الكفالة بأمرهم واذا كان أحد منهم معسرا فلا يلزم الآخرين شئ من حصته » ٠

يتضح لنا من النص أنه لو تعدد المسئولون عن دين واحد وكان كل منهم كفيلا أى ضامنا لكل الدين وعن جميع الكفلاء جاز للدائن أن يطالب أيا منهم بكل الدين ٠ وليس من شك فى أن مفهوم التضامن السلبى فى القانون المدنى الذى عرضنا له من قبل لا يختلف عن هذه الصورة للتضامن بين المدينين فى الفقه الاسلامى ٠ فالتضامن بين المدينين ينبنى ـ فى الفقه الاسلامى والقانون ـ على تعدد المدينين بدين واحد فى مصدره بحيث يجوز للدائن مطالبتهم بالدين مجتمعين أو منفردين(٤٥) ٠

٢٣٠ ـ وبخصوص أحكام التضامن بين المدينين وآثاره نجدها لا تختلف فى القانون عنها فى الفقه الاسلامى ٠ ففى الأخير وحسبما يتضح لنا من النصوص المذكورة يجوز للدائن ان يطالب بالدين كل المدينين مجتمعين أو يطالبهم على سبيل الأفراد ٠ واذا أوفى أحد منهم بكل الدين كان له حق الرجوع على باقى المدينين كل بقدر حصته ٠ ليس هذا فحسب بل ان المدين الذى أوفى على هذا الوجه يتقيد فى رجوعه بنصيبه فى حصة من أعسر من المدينين ٠ كل هذه الأحكام والآثار لتضامن المدينين فى الفقه الاسلامى كما وردت فى المادة ١٩٠ من مرشد الحيران تتفق معها أحكام التضامن بين المدينين فى القانون المدنى ٠

---

(٤٥) راجع حكم المادة ٦٤٤ من مجلة الاحكام العدلية بخصوص مطالبة الدائن للاصيل والكفيل ، ٦٤٧ بخصوص تعدد الكفلاء ٠

وقارن : ابن جزى المالكى ويقول : اذا أخذ ضامنين بحقه فليس على أحدهما الا نصف الحق الا ان يكون أخذهم فى موطنين فكل واحد منهما ضامن لجملة الحق ٠ وكذلك اذا ضمنا بحكم الخيار أو ضمن كل واحد الآخر ٠

قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٥٤ ٠

المبحث الثانى

عـدم قابلية الالتزام للانقسام

L' INDIVISIBILITE

٢٣١ ـ تعريف عـدم القابلية للانقسام وانواعـه :

يكون الالتزام غير قابل للانقسام اذا امتنع تجزئة الوفاء به بالنسبة لأطرافه المتعـددين من الناحية الايجابية (الدائنين) أو من الناحية السـلبية (المدينين) وذلك لان طبيعة المحـل الذى يرد عليـه لا تقبل التجزئة(٤٦) ٠

وعـدم قابلية الالتزام للانقسام كما ترجـع الى طبيعة المحـل الذى يرد عليه ليقـال أن عـدم الانقسام طبيعى فقـد ترجـع أيضا الى الاتفـاق عليها ليقـال أن عـدم الانقسام اتفاقى ٠

ويكون عـدم الانقسـام طبيعيا اذا كان المحـل الذى يرد عليه الالتزام غير قابل للتجزئة عند التنفيذ ٠ وفى هـذا المعنى نصت المـادة ١/٣٦١ مدنى كويتى (مادة ١/٣٠٠ مدنى مصرى) ٠ كما لو كان محـل الالتزام يتمثل فى تسليم حيـوان حى(٤٧) ٠

ويكون عـدم الانقسام اتفاقيا ، اذا اتجهت ارادة ذوى الشأن صراحة أو ضمنا الى عـدم تجزئة الالتزام عند الوفاء أو التنفيذ ولو كانت طبيعة المحـل الذى يرد عليه تقبل مثل هـذه التجزئة ٠

ويستفاد الاتجاه الضمنى للارادة نحـو عـدم تجزئة الالتزام من الغرض الذى رمى اليـه المتعاقـدان ٠

ويستفاد الاتجاه الضمنى للارادة اذا تبين من الغرض الذى رمى اليـه المتعاقـدان ان الالتزام لا يمكن تنفيذه على سبيل التجزئة ٠٠ هكذا نصت المـادة ٢/٣٦١ مدنى كويتى (مادة ٣٠٠/ب مدنى مصرى) ٠

---

(٤٦) راجع MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 768 p. 775.

(٤٧) راجع V. aussi : MAZEAUD : op. cit., no. 1075, p. 1005.

كما لو لشترى شخص قطعة أرض وكان البائع عـدة أشخاص كانت الأرض على ملكيتهم • فالتزام هـؤلاء بتسليم الأرض لا يتجزا فى تنفيذه سيما اذا بان أن غرض المشترى هـو البناء عليها •

٢٣٢ ـ آثار عـدم القابلية للانقسام :

فى بيـان آثار عـدم القابلية للانقسام نفرق – حسبما تقضى به النصوص – بين حالة تعـدد المدينين وتعـدد الدائنين •

١ ـ اذا تعـدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الالتزام كاملا ، وللمدين الذى وفى حـق الرجـوع على الباقين كل بقـدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك • ومن هـذه الظروف اذا كان محـل الالتزام تسليم حيـوان حى وقام أحـد المدينين المتعـددين بالالتزام بالتسليم بتنفيذه • اذ لا رجـوع له على الباقـين • (مادة ٣٦٢ مدنى كويتى – مادة ٣٠١ مدنى مصرى) •

٢ ـ اذا تعـدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام أو تعـدد ورثة الدائن فى هـذا الالتزام جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا • فاذا اعترض أحـد الدائنين أو الورثة على ذلك كأن المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو بايداع الشيء محل الالتزام خزانة ادارة التنفيذ • (مادة ٣٦٣ مدنى كويتى – مادة ١/٣٠٢ مدنى مصرى) •

واذا لستوفى الالتزام أحـد الدائنين رجـع عليه الباقى منهم كل بقـدر حصته هكذا نصت المـادة ٣٦٣ مدنى كويتى فى عجزها (مادة ٢/٣٠٢ مدنى مصرى) •

٢٣٣ ـ الالتزام غير القابل للانقسام فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المـالية :

أولا : فى تعريف هـذا الالتزام نصت المـادة ٣٨٧ من المشروع على ما يأتى : « يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

(أ) اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم •

(ب) اذا تبين من الغرض الذى رمى اليـه المتعاقـدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو اذا انصرفت نيـة المتعاقـدين الى ذلك » •

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٠٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٣٦١ من القانون المدنى الكويتى •

ثانيا : فى بيان آثار عدم القابلية للانقسام فى حالة تعدد الدائنين نصت المادة ٣٨٨ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا تعدد الدائنون فى دين غير قابل للانقسام ، او تعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام ، جاز لكل دائن او وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا ، فاذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين او ايداع الشىء محل الالتزام .

٢ ـ ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٢ من القانون المدنى المصرى الحالى . كما تطابق المادة ٣٦٣ من القانون المدنى الكويتى .

ثالثا : وعن آثار عدم القابلية للانقسام فى حالة تعدد المدينين ، نصت المادة ٣٨٩ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا .

٢ ـ وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين ، كل بقدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠١ من القانون المدنى المصرى الحالى . كما تطابق أيضا المادة ٣٦٢ من القانون المدنى الكويتى .

٢٣٤ ـ الالتزام غير القابل للانقسام فى الفقه الاسلامى :

ان فكرة الالتزام غير القابل للانقسام معروفة فى الفقه الاسلامى . ونبرز هنا ما نعتقده تطبيقا من تطبيقاتها فيه . فقد نصت المادة ١٦٤٢ من مجلة الأحكام العدلية على أنه « ...... يصح لأحد الورثة أن يدعى بدين للميت فى ذمة آخر وبعد الثبوت يحكم بكل الدين المذكور لجميع الورثة ولكن ليس لوارث المدعى أن يقبض منه الا حصته ولا يمكنه أن يقبض حصص سائر الورثة » .

ومفهومنا للنص ، أنه يجوز لوارث الدائن ـ وفى حالة تعدد الورثة ـ أن يطالب ، ابتداء ، بكل الدين ، لكنه لا يأخذ فى الاستيفاء الا حصته فقط . وفى هذا الفرض ما يعنى أن الدين وحتى الحكم به غير منقسم بالنسبة لأطرافه من الناحية الايجابية .

الباب الثالث

انتقال الالتزام

٢٣٥ ـ تمهيد وتقسيم :

رأينا ان الاصل فى الالتزام اثناء حياته ان يكون بسيطا ومنجزا · الا انه قد يلحق به ما يعدل فى هذا التنجيز وتلك البساطة · وقد عرضنا فى ذلك للشرط والاجل · وذكرنا ان هذا كله لا يؤثر فى جوهر الالتزام · هذا الجوهر الذى تحول من النظرة الشخصية – والالتزام فيها لا ينفك عن شخص طرفيه الى نظرة مادية يختلط فيها الالتزام بمحله حيث القيمة الاقتصادية له · والفارق بين النظرتين على نحو ما ذكرنا من قبل يتلخص فى أنه والالتزام فى الاولى رابطة بين شخصين فلا يتصور بقاؤه مع تغير طرفيه أو احدهما بخلاف الثانية ، والعبرة فيها بالاداء فانه يتصور بقاء الالتزام على الرغم من تغير طرفيه أو أحدهما · وتبعا للاخيرة ، اجازت التشريعات انتقال الالتزام من الناحية الايجابية ومن الناحية السلبية · ويسمى انتقاله فى الاولى حوالة الحق ، وفى الثانية حوالة الدين ·

ونخصص لكل منها فصلا ·

الفصل الأول

حوالة الحق

LA CESSION DE CREANCE

٢٣٦ ــ حوالة الحق عبارة عن عقد يتمكن بمقتضاه دائن من نقل حقه لدى مدينه الى شخص ثالث يصير دائنا للآخر بدل الأول[١] . فاطراف حوالة الحق ثلاثة :

(أ) المحيل — **Le Cedant**

وهو الدائن الاصلى بالحق والذى يقوم بنقله .

(ب) المحال له — **Le Cessionnaire**

وهو من انتقل اليه الحق وصار دائنا بدلا من المحل .

(جـ) المحال عليه — **Le Cede**

وهو المدين بالحق .

فما هى شروط هذه الحوالة وما آثارها ؟ وما تصور الفقه الاسلامى لها ؟

وتأسيسا على ما تقدم ، نقسم دراستنا فى هذا الفصل الى المباحث الاتية :

المبحث الأول : شروط حوالة الحق

المبحث الثانى : آثار حوالة الحق

المبحث الثالث : حوالة الحق فى الفقه الاسلامى

---

(١) انظر فى تعريف حوالة الحق MAZEAUD : op. cit.. n. 1255, p. 1139
RIEG (AL Fred) : Cession de Creance : Encycl ju ridique 2ed, t. 2, 1970.
GAUDEMET (E) : Theorie des Obligations, Paris, 1937, p. 453 ets.

المبحث الأول

شروط حوالة الحق

٢٣٧ ـ فى بحث شروط هذه الحوالة ، نتناولها على طائفتين ، الاولى ونتكلم فيها عن شروط انعقادها ، أما الثانية فنخصصها لشروط نفاذها ٠

ونخصص لكل منها مطلبا ٠٠ هـذا وقد تناول المشرع المدنى الكويتى حوالة الحق وأحكامها فى المواد ٣٦٤ ـ ٣٧٦ (مادة ٣٠٣ و ٣١٤ مدنى مصرى) ٠

المطلب الأول

شروط انعقاد حوالة الحق(٢)

٢٣٨ ـ تعد حوالة الحق من العقود الرضائية وتخضع ـ شأنها فى ذلك شأن أى عقد ـ للقواعد العامة فى ابرام العقود من حيث وجوب توافر الرضا والمحل والسبب هـذا من جهة ٠ ومن جهة أخرى يجب أن يجىء الرضا خاليا من العيوب وهى الغلط والتدليس والاكراه ، اضافة الى وجوب توافر الاهلية لدى طرفى هـذا الرضا ٠ وتختلف الاهلية حسبما اذا كانت الحوالة تبرعية أو بعوض ٠

فأطراف الحوالة هما المحيل والمحال له وتنعقد برضائهما ٠ اذ لا يشترط رضا المحال عليه لانه ليس طرفا فيها ٠ اذ يستوى لديه أن يفى بالدين لهذا أو ذاك ٠ رد على ذلك ، أنه ليس فى حوالة الحق من الدائن الآخر اضرار بالمدين يوجب رضاءه لانعقاد الحوالة(٣) ٠ ونصت المادة ٣٦٤ مدنى كويتى على أن حوالة الحق تتم دون حاجة الى رضاء المدين وهو ما نصت عليه أيضا المادة ٣٠٣ مدنى مصرى ٠

---

(٢) راجع : MAZEAUD : op. cit. n. 1259. p. 1141 et s.
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 805, p. 810.

(٣) السنهورى ، الوسيط جـ ٣ ، رقم ٣٦٠ ، ص ٤٦٧ ٠

وكما اشرنا فانها يمكن أن تكون بعوض يؤديه المحـال له للدائن · وفى هـذه الحالة تعد ـ اذا كان العوض نقديا ـ بيعا وتخضع لاحكامه · كما يمكن أن تكون على سـبيل التبرع اى دون مقابل · وفى هـذه الحـالة تعد هبـه وتخضـع لاحكامها (٤) ·

وما دامت حـوالة الحق من العقود الرضـائية ، فان التراضى يكفى لانعقادها اذ لم يستوجب للقانون – ابتداء ـ شكل معين فى حوالة الحق · واستثناء على ذلك يمكن أن تكون الحـوالة شكلية اذا كانت بدون مقابل حيث تعتبر هبـه على نحـو ما ذكرت الان ومن ثم يجب أن تستوفى شروط الهبـه شـكلا وموضوعا ·

وننبـه هنـا بشأن رضـائية حوالة الحق كأصـل ، الى أنه يجب عدم الخلط بين هـذه الرضـائية وما تنص عليه المـادة ٣٦٩ مدنى كويتى من وجـوب قيـام المحيـل بتسـليم المحـال له سند الحق به · فالمشرع الكويتى لم يقصـد اعتبار هـذا التسـليم ركنـا فى حـوالة الحـق ولكنـه طريق للتنفيذ وهـو ما نبه عنه الفقه الفرنسى بخصوص حـكم مماثل للسابق وتتضمن المـادة ١٦٨٩ من القانون المدنى الفرنسى (٥) ·

٢٣٩ ـ وبالنسبة للمحل باعتباره ركنـا فى حوالة الحق ، فانه يتمثل فى الحق المحال به الذى ينتقل الى المحـال له باتفاقه مع المحيل · والاصـل ان الحـوالة يمكن أن ترد على جميع الحقوق الشخصية أيا كان محلها ولا تقتصر فقط على الحالة التى يتمثل فيها محل الحق فى دفع مبلغ نقدى (٦) ·

ويلاحظ أيضـا أن الحـق الشخصى يقبل الحوالة ايا كانت طبيعته مدنية أو تجارية (٧) ليس هـذا فحسب بل ان هـذه الحقوق تقبل الحوالة سواء كانت موصوفة أو غير موصوفة (٨) · اضـافة الى ما تقدم ، يمكن ان يكون محـلا للحوالة أيضـا مـا هو محتمل أو مسـتقبل من هـذه الحقوق بشرط

MARTY et RAYNAUD : op. cit.,

MAZEAUD : op. cit., n. 1259, p. 1142.

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 807, p. 811.

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 806, p. 810

SAVATIER : op. cit., n. 269. p. 330.

MARTY et RAYNAUD : op. cit.,

اكتمال عنصر تكوينه(٩) • مثال ذلك ان يقوم مقاول بتحويل حقه قبل صاحب العمل الى شخص آخر ولو قبل بدء أعمال البناء ولكن بعد ابرام العقد • كذلك يجوز لمؤلف تعاقد مع ناشر على نشر مؤلفه لقاء مقابل نقدى أن يقوم بتحويل حقه قبل الاخير ولو قبل التأليف ما دامت الحوالة بعد ابرام العقد مع الناشر •

واستثناء على ما تقدم لا تجوز حوالة بعض الحقوق اما بالاتفاق أو النص على ذلك وربما لا تسمح طبيعة الحق بتحويله • فقد يتفق الطرفان على عدم جواز حوالة حق نشأ عن عقد معين • فجواز حوالة لا يتعلق بالنظام العام كما نصت على ذلك المادة ٣٦٤ مدنى كويتى (مادة ٣٠٣ مدنى مصرى) • فقد أجازت حوالة الحق ما لم يقض الاتفاق أو النص بغير ذلك •

وقد ينص القانون على منع حوالة بعض الحقوق التى لا يجوز الحجز عليها كما هو الحال بالنسبة للنفقة • ونصت على ذلك المادة ٣٦٥ مدنى كويتى (مادة ٣٠٤ مدنى مصرى) بقولها « لا تجوز حوالة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للحجز » (١٠) اضافة الى ذلك قد تستعصى طبيعة الحق على امكان حوالته لا سيما اذا كانت شخصية الدائن به محل اعتبار • كما فى دين النفقة حيث يلتزم شخص بالاتفاق على آخر لصلة صداقة مثلا (١١) •

المطلب الثانى
شروط نفاذ حوالة الحق

٢٤٠ – عرضنا فى المطلب السابق لشروط انعقاد الحوالة بين طرفيها وهما المحيل له • ويبقى بعد ذلك أن نتساءل عن نفاذها • ليس من شك فى أن الحوالة تكون نافذة بين طرفيها بمجرد انعقادها • أما نفاذها فى مواجهة الغير فلا يكون الا بتوافر شرطين هما : قبول المدين للحوالة ، أو اعلانه بها • ونصت على الشرطين المادة ٣٦٦ من القانون المدنى الكويتى (مادة ٣٠٥ مدنى مصرى) •

والغير فى حوالة الحق يقصد به كل من لم يكن طرفا فى عقد الحوالة • ويشمل المدين وأى شخص آخر غير المحيل والمحال له •

ولا تكون الحوالة نافذة فى حق الغير – حسبما يقضى النص السابق – الا بقبول المدين للحوالة و اعلانه بها • وهذا منطقى اذ لا يتصور التزام

MARTY et RAYNAUD : op. cit.

(9) r. aussi : MAZEAUD : op. cit., n. 1256, p. 1140 et n. 1258, p. 1141.

(١٠) مثال ذلك أيضا حظر المشرع الفرنسى حوالة الحق فى تعويض اضرار الحرب MAZEAUD : op. cit.

(١١) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٦١ ، ص ٣٦٠ •

المدين بالوفاء للمحـال له بدلا من الدائن المحيل الا اذا كان يعلم بالحوالة ؟ والعلم بها يكون بقبوله لها أو اعلانه بها ٠

٢٤١ ـ وعن قبـول المدين للحـوالة :

يلاحظ أن هـذا القبول باعتباره شرطا لنفاذ الحوالة فى مواجهة الغير يختلف تبعا لـما اذا كان هذا الغير هو المدين او شخص آخـر ٠ فاذا كان الغير هو المدين فان مجـرد قبوله الحوالة يكفى لسريانها ونفاذها فى حقه ٠

أما اذا كان مقصود الغير هو كل شخص لم يكن طرفا فى عقد الحوالة غير المدين فلا تنفذ الحوالة فى حقه الا بقبول المدين لها وأن يكون هـذا القبول ثابت التاريخ ونصت على ذلك المـادة ٣٦٦ مدنى كويتى سابقة الذكر ٠

ولا يشترط شكل خاص فى قبول المدين للحوالة ، فيمكن ان يكون القبول مدونا على عقد الحوالة أو فى محرر مستقل ٠

ولنـا على قبـول المدين للحـــوالة باعتباره شرطا لنفـاذها ملاحظتـان نعتقد فى أهميتهما :

الملاحظة الاولى :

كنـا نفضـل لو أن المشرع المدنى قد تكلم عن علم المدين بالحوالة حتى تكون نافذة فى مواجهة الغير وان العلم يتحقق بقبول المدين لها اضافة الى اعلانه بها بطبيعة الحال ٠ وذلك بدلا من استخدام لفظ « قبول » لان هـذا اللفظ قد يثير فى الاذهان (١٢) أن ثمة دورا لهـذا المدين فى عقد الحوالة ذاته وهـــذا غير صحيح على ما ذكرنا ٠ اذ ان دوره سلبى بحت ٠٠

الملاحظة الثانية :

نود أن ننبه من خلالها الى أن قبول المدين للحوالة يجب أن يفهم فى حدود مقصوده ولا يحمل بأكثر مما يعنى ٠ فقبول مثل هـذا لا يعنى أكثر من أنه مجرد اعتراف من المدين بوقوع حوالة حق الدائن قبله الى شخص آخر ٠ وعلى ذلك فليس لهـذا القبـــول دلالـة و معنى فى اعتراف المدين بالدين ٠ وبعبارة أخرى ، أن قبول المدين للحـــوالة طريق يتحقق باقتضاء علمـه بهـــا ولا يعنى اعترافه بالدين ٠

---

(١٢) ونص المـادة ٣٦٦ مدنى كويتى كالاتى « لا تكون الحـوالة نافـذة ٠٠٠٠٠٠٠٠٠ الا اذا قبلها المدين أو أعلنت له ، على أن نفاذها ٠٠٠٠٠٠ بقبول المدين ٠٠٠٠٠ » ٠ والنص مطابق للمـادة ٣٠٥ مدنى مصرى ٠

٢٤٢ ـ اعلان المدين بالحوالة :

يكون اعـــلان المدين بالحوالة بأى ورقة رســـمية مثل ورقة التكليف بالحضور ، يتم اعلانها بطلب المحيل أو المحال له (١٣) • وعلى ذلك فلا يجوز الاعلان بخطاب موصى عليه ولو فى المسائل التجارية (١٤) •

٢٤٣ ـ ويجدر التنويه الى ان المشرع قد يتشدد فى شروط نفاذ الحوالة فى حق الغير فلا يجعل مناطه مجرد قبول المدين أو اعلانه بها بل يستوجب اضافة الى ذلك اجراء آخـر • مثال ذلك لو كان الحق المحال به مضمونا برهن ، فان حـوالة هـذا التأمين لا تنفذ فى حق الغير الا اذا تم التأشير بها على هامش القيد الاصلى للرهن • وقد نصت على هـذا الحكم المـادة ٩٣٣ مدنى كويتى فى فقرتها الثانية وتقضى بأنه لا يصـح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون برهن مقيد الا اذا حصـــل التأشير بذلك فى هامش القيد الاصـــلى وهو الحـــكم الذى نصـــت عليه أيضـــا المـادة ١٠٥٣ من القانون المـــدنى المصرى فى فقرتها الثانية •

ونود أن نشير اضافة الى ما تقدم أيضا أن هناك حالات لم يستوجب المشرع قبول المدين أو اعلانه بحوالة حق الدائن قبله الى شخص آخر حتى تكون هـذه الحوالة نافذة فى حق الغير • ويظهر ذلك فى محيط الاوراق التجارية مثل الكمبيالة • اذ يمكن تحويلها بمجرد التظهير • ليس هـذا فحسب بل يمكن أن ينتقل ملكية الحق الثابت فيها بمجرد التسليم اذا كانت لحاملها •

٢٤٤ ـ العلم الفعلى لا يغنى عن القبول أو الاعلان :

رأينـا أن حوالة الحق لا تكون نافذة فى حق الغير الا بقبول المدين لهـا أو اعلانه بها • وعلة ذلك كما ذكرنا أن المنطق يقضى بأن يكون المدين على علم بالمحال له الذى حل محل الدائن •

أما وقـد حـدد المشرع طريقتين للعلم همـا القبول والاعلان ، فأننا نتساءل عن قيمة العلم الفعلى ؟

---

(١٣) MAZEAUD : op. cit. m. 1260, p. 1142.

(١٤) MARTY et RAYNAUD : op. cit. m. 809, p. 812.
MAZEAUD : op. cit.

فاذا علم المدين بالحوالة فعلا دون قبوله لها أو اعلانه بها هل تنفذ فى حق الغير على المبنى المتقدم لذلك ؟ فى تقديرى ، ان العلم الفعلى لا يقوم مقام العلم عن طريق القبول والاعلان . ذلك ان علما مثل هذا ، ومهما استطاع ذو المصلحة أن يثبته بل ولو اقر به المدين نفسه ، ليس كافيا لنفاذ الحوالة فى حق الغير ، اذ متى رسم القانون طريقا محدودا للعلم بتصرف معين فلا يجوز استظهار العلم الا بهذا الطريق[15] .

---

(15) السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٢٦٨ ، ص ٤٨١ .

المبحث الثانى

آثار حوالة الحق

٢٤٥ ـ طائفتان من الآثار :

نفرق بشأن آثار حوالة الحق طائفتين لهذه الآثار :

الطائفة الاولى : ونتناول فيها آثار حوالة الحق بين طرفيها المحيل والمحال له ٠

الطائفة الثانية : ونبرز فيها آثار هذه الحوالة فى العلاقة بين طرفيها من جهة والغير من جهة أخرى ٠

ونبحث آثار حوالة الحق بين طرفيها اولا ، ثم نبحث آثارها بالنسبة للغير ثانيا ، ونخصص لكل منهما مطلبا ٠

المطلب الأول

آثار حوالة الحق بين طرفيها

٢٤٦ ـ اولا ــ انتقال الحق :

يتمثل الاثر الجوهرى لحوالة الحق ، فى انتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له ٠ والحق ينتقل على هذا النحو بما يلازمه من صفات وما يلحقه من توابع وما يضمنه من تامينات (١) ؛ هكذا كان تعين المادة ٣٦٨ مدنى كويتى الحق الذى ينتقل كاثر للحوالة ، وبهذا الحكم تختلف عن النص

المقابل من القانون المدنى المصرى . اذ نصت المادة ٣٠٧ منه على أن حوالة الحق تشمل ضماناته مثل الكفالة والرهن والامتياز كما تشمل ما حل من فوائد وأقساط . والاختلاف الجوهرى بين النصين يتمثل فى جانب منه فى ان النص الكويتى قد استبعد شمول الحوالة لما أسماه النص المصرى « فوائد » وذلك جريا على أحكام الشريعة الاسلامية فى تحريم الفوائد الربوية . هذه الاحكام التى يعد النص المصرى مخالفا لها بكل تأكيد . أما الجانب الاخر للاختلاف الجوهرى بين النصين فيبرز اذا ادركنا اغفال النص الكويتى لشمول حوالة الحق للاقساط . وجاء فى تبرير المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى لذلك بأن القواعد العامة تقتضى شمول حوالة الحق للأقساط دون حاجة الى نص خاص عليه (١٦) وتقديرنا أن هذه الاقساط تعد جزءا من أصل الحق .

وحق الدائن (المحيل) ينتقل بصفاته الى المحيل . فاذا كان تجاريا أو مدنيا انتقل كذلك .

واذا كان حق الدائن مضمونا برهن أو كفالة أو امتياز انتقل الضمان مع الحق على أثر حوالته (١٨) .

٢٤٧ ـ ثانيا : التزام المحيل بضمان وجود الحق :

اذا كانت الحوالة بعوض ، التزم المحيل بضمان وجود وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك . أما اذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق (مادة ٣٧١ مدنى كويتى ـ مادة ٣٠٨ مدنى مصرى) وهو الحكم الذى نصت عليه أيضا المادة ١٦٩٣ مدنى فرنسى[١٩] . وبناء على ذلك يضمن المحيل اذا لم يوجد الحق وقت الحوالة أو كان موجودا وانقضى لأى سبب وقت الحوالة . ولا يضمن اذا وجد الحق وقت الحوالة وانقضى فيما بعد لأى سبب مثل التقادم . لا يضمن المحيل أيضا – اذا كانت الحوالة بغير عوض – حتى وجود الحق

---

(١٦) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٩١ .

(١٧) راجع فى الفقه الفرنسى : SAVATIER : op. cit., n. 267, p. 327

(١٨) وهو حكم المادة ١٦٩٢ مدنى فرنسى ، راجع
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 811, p. 821.

(١٩) راجع MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 814 p. 815.

ويلاحظ أن بعضا من أحكام الضمان السابقه لا يتعلق بالنظام العام اذ يمكن الاتفاق على مخالفة حكمها أما بالتشديد أو التخفيف وفى مجال تشديد الضمان يمكن الاتفاق على أن يضمن المحيل يسار المدين · وفى هذا تقول المادة ٣٧٢ من القانون المدنى الكويتى « اذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك (راجع مادة ٣٠٩ مدنى مصرى) ·

ومفهوم هذا النص فى تقديرنا يذهب باستعمال (اذا) الشرطية فى صدره الى أن ضمان المحيل ليسار المدين يتقرر بالاتفاق عليه وليس مصدره هذا النص لأن أداة الشرط فى صدر النص يعنى أن الأمر متروك لارادة الطرفين فى حوالة الحق · وفى حالة الاتفاق على هذا النوع من الضمان ، فان ضمان المحيل ليسار المدين يجب ألا يتجاوز وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك · وكأن النص – وقد أجاز الاتفاق على أن يضمن المحيل يسار المدين – حدد هذا الضمان فى مداه من حيث المبدأ وحصره فى وقت الحوالة · واذا أراد الطرفان مدى أكثر بعدا لهذا الضمان تعين تحديده فى الاتفاق المنشىء لهذا النوع من الضمان · وفى الحقيقة ، أن ما دفعنا الى تفسير النص الكويتى المذكور على الوجه المتقدم ، ما قد تثيره عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » التى جاءت فى عجز النص من أن ضمان المحيل ليسار المدين قد تقرر بهذا النص ويمكن الاتفاق على مخالفته[20] ·

وفى مجال الاتفاق على تشديد أحكام الضمان بصفة عامة ذهب رأى فى الفقه المصرى الى القول بأن من صور ذلك الاتفاق على أن المحيل يضمن وجود الحق وقت الحوالة اذا كانت بغير عوض[21] · ويكفى أن نشير فى

---

(٢٠) ونرى فى صياغة النص المصرى الوضوح اكثر اذ قال فى المادة ٣٠٩ من القانون المدنى :

« ١ – لا يضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان ·

٢ – اذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » ·

ونعتقد أن هذه الصياغة لها من الوضوح ما يجنبها اللبس الذى يمكن أن يثيره النص الكويتى ·

(٢١) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٦٧ ، ص ٣٦٦ ·

هـذا الصـدد الى ان جـواز الاتفـاق على مخالفة أحكام الضمان لانها لا تتعلق بالنظـام العـام هـو امر يرجـع فيه الى النصوص المتضمنة لأحكام الضمان ومعرفة ما اذا كان المشرع قـد أجاز الاتفـاق على ما يخالفها أم لا · واذا رجعنا الى النص فى القانون المدنى الكويتى (مادة ٣٧١) والنص المصرى المقـابل (مادة ٣٠٨) وهما متماثلان فى الحكم تمـاما لوجـدنا المشرع فى البلدين يجيز فى الفقرة الأولى من النصين الاتفـاق على مخالفة أحكام الضمان الواردة فى هـذه الفقرة فقط ، وتخص ضمان المحيل لوجود الحـق وقت الحـوالة اذا كانت الحـوالة بعـوض · اذ قال بعـد أن أورد أحكام هـذا الضمان على هـذا النحو « ما لم يوجـد اتفـاق يقضى بغير ذلك » ، اما الضمان فى الحـوالة التبرعية بغير عـوض فقـد تكلم عنه المشرع فى البلدين فى الفقرة الثانية من النصين المذكورين قـولا بعـدم ضمان المحيل حتى لوجـود الحـق · دون أن يتبع ذلك بعبـارة «ما لم يوجـد اتفـاق بغير ذلك » ، وخلاصة ذلك كله أن جـواز الاتفـاق على مخالفة أحكام الضمان وقرره مشرع البلدين فى الفقرة الأولى من النصين هـو امر يقتصر على احكام الضمان الواردة فى هـذه الفقرة فقط ولا يتعـداه الى حكم الضمان الوارد فى الفقرة الثانية من النصـين بخصوص الحـوالة التبرعية والذى لا يجـوز الاتفاق على حكم يخالفـه · وبعبارة أخرى فان القاعـدة الخاصة بضمان المحيل لوجـود الحـق وقت الحـوالة اذا كانت الحـوالة بعـوض هى قاعـدة مكملة · أما القاعـدة الخاصـة بـعدم ضمان المحيل حتى لوجـود الحـق اذا كانت الحـوالة بغير عـوض فهى قاعـدة آمرة ·

أما بالنسبة للاتفـاق على تخفيف أحكام الضمان فمن صورة الاتفـاق على أن المحيل لا يضمن وجـود الحـق المحال به وقت الحـوالة اذا كانت هـذه الحـوالة بعـوض ·

٢٤٨ ـ ثالثا : ضمان المحيل لفعله الشخصى :

يضمن المحيل للمحال له اضافة الى ما تقـدم فعله الشخصى · وفى هـذا تنص المـادة ٣٧٤ مدنى كويتى على ما يأتى : « يكون المحيل مسئولا عن تعويض المحال له عما يلحقـه من ضرر بسبب افعاله الشخصية ولو كانت الحـوالة بغير عـوض » ، ويتضح من النص أن فحـوى التزام المحيل بضمان فعله الشخصى انمـا يتمثل فى وجـوب الامتناع عن أى عمـل يضر بالمحال له كما لو أدى عمله هـذا الى منع المحال له أو تعـويقه عن الحصول على الحـق من المحال عليه · ويتحقق ذلك لو لجـأ المحيل الى مطالبة المحال عليه بعـد ابرام الحوالة ·

ويلاحظ أن ضمان المحيل لفعله الشخصى يقوم سواء كانت الحوالة بعوض أو بغير عوض ٠

اضافة الى ذلك ، فان هذا الضمان يقوم ولو اشترط المحيل فى الحوالة عدم ضمان فعله الشخصى ٠ فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٤ مدنى كويتى على بطلان مثل هذا الشرط ٠ وفى القانون المدنى المصرى وردت أحكام ضمان المحيل لفعله الشخصى فى المادة ٣١١ وتتفق مع النص الكويتى ٠

٢٤٩ ـ رابعا : جزاء اخلال المحيل بالتزامه بالضمان :

اذا أخل المحيل بأحكام الضمان التى ذكرناها فى البند ثانيا بخصوص ضمان وجود الحق وضمان يسار المدين ورجع المحال له عليه فان المحيل لا يلتزم « الا برد ما أخذه من المحال له مع المصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بدفع أكثر من ذلك » ٠ هكذا نصت المادة ١/٣٧٣ مدنى كويتى ٠

وتجدر الاشارة الى ان هذا النص الكويتى بفقرته الأولى هذه انما يختلف عن النص المصرى المقابل من القانون المدنى بخصوص الحالة التى نحن بصددها حيث يخل المحيل بضمان وجود الحق أو ضمان يسار المدين ٠

اذ قال المشرع المصرى فى المادة ٣١٠ بأن المحيل لا يلتزم « الا برد ما استولى عليه من الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك » ٠ والمعنى الواضح للنص المصرى يلزم المحيل برد ما أخذه اضافة الى الفوائد والمصروفات ٠ ويختلف بذلك عن النص الكويتى الذى لم يضمن النص التزام المحيل برد الفوائد جريا على أحكام الفقه الاسلامى الذى يحرم ذلك ٠

وفى اخلال المحيل بضمان وجود الحق أضاف نص المادة ٣٧٣ فى فقرته الثانية حكما لم ينص عليه المشرع المصرى ويخص علم المحيل بعدم وجود الحق بذمة المدين ٠ حيث أوجب للنص على هذا المحيل تعويض المحال له حسن النية عما أصابه من ضرر من جراء ذلك ٠ اضافة الى ما يلتزم به هذا المحيل وفقا لأحكام الفقرة الأولى من هذا النص ٠

المطلب الثانى

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير

٢٥٠ ـ رأينا أن حوالة الحق تكون نافذة بين طرفيها بمجرد انعقادها وفى هذا الاطار تترتب آثارها بينهما · أما بالنسبة للغير فحوالة الحق لا تكون نافذة الا اذا علم بها المدين والعلم يتحقق أما بقبوله لها أو اعلانه بها من المحيل أو المحال له · وفى هذا الاطار يكون بحث آثارها بالنسبة للغير فنتكلم أولا عن آثار هذه الحوالة بالنسبة للغير قبل نفاذها اى فى الفترة ما بين انعقادها من جهة وعلم المدين بها بالقبول أو الاعلان من جهة أخرى · ثم نتكلم عن آثارها بالنسبة للغير أيضا لكن بعد نفاذها ·

ونتناول ذلك فى فرعين على التوالى :

الفرع الأول

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير قبل نفاذها

٢٥١ ـ ذكرنا أن حوالة الحق لا تكون نافذة فى مواجهة الغير الا اذا علم بها المدين · والعلم بها طريق من اثنين أما قبول المدين لها أو قيام المحيل أو المحال له باعلانه بها· فاذا لم يتم ذلك لا يترتب على حوالة الحق أى اثر بين المحيل والمحال له من جهة والغير من جهة أخرى · ومعنى ذلك عدة نتائج هامة يجب أن نبرزها :

١ ـ يظل المحيل هو صاحب الحق المحال به اذن هو الدائن ومن ثم لا يعتبر المحال له دائنا فى مواجهة الغير ·

وعلى ذلك فانه يمكن للمحيل أن يطالب المدين بالوفاء ، واذا عرضه الأخير يستطيع الأول أن يقبله · وتبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء ·

٢ ـ اضافة الى ذلك ، ولما كان المحيل والحالة هذه ـ المدين لم يقبل الحوالة ولم تعلن اليه ـ هو صاحب الحق المحال به فى مواجهة الغير فليس من شك فى أنه يستطيع أن يتصرف فى الحق المحال به كما لو قام بحوالته الى شخص آخر (محال له ثان) ·

٣ ـ وترتيبا على ما تقدم ، فان الحق المحال به يظل بالنسبة لدائنى المحيل فى ذمة الأخير ويجوز لهم الحجز عليه بخلاف دائنى المحال له فلا يجوز لهم توقيع مثل هذا الحجز لانه لم يصبح دائنا ٠ اذ الحق المحال به ما زال فى ذمة المحيل ٠ واستثناء على ذلك نصت المادة ٣٦٧ مدنى كويتى (٣٠٦ مدنى مصرى) على ما يأتى : « يجوز للدائن المحال له ، ولو قبل نفاذ الحوالة فى حق المدين والغير ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على الحق المحال به » ٠ كما لو أقدم على تجديد قيد رهن يضمن الدين ٠

٤ ـ يستطيع المدين أن يمتنع عن الوفاء للمحال له ولو كان يعلم فعلا بالحوالة فالمحال له لا يعد دائنا بالنسبة للغير على نحو ما ذكرنا ٠ والمسلم به أن المدين من الغير لانه ليس طرفا فى حوالة الحق ٠

الفرع الثانى

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير بعد نفاذها

٢٥٢ ـ بقبول المدين للحوالة أو اعلانه بها ، تكون نافذة فى حق الغير ويترتب على ذلك الآثار الآتية :

١ ـ يكون المحال له دائنا ومن ثم تزول عن المحيل صفة الدائن ٠

٢ ـ يكون المحال له باعتباره دائنا أن يستوفى الحق المحال به كما يكون له أن يتصرف فيه ٠

٣ ـ يكون لدائنى المحال له ـ دون دائنى المحيل ـ حق الحجز على الحق المحال به ٠

٤ ـ يلتزم المحال عليه بالوفاء للمحال له ٠

٥ ـ يكون للمحال عليه أن يتمسك فى مواجهة المحال له بكل الدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه ٠ كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة به فى مواجهة المحيل (مادة ٣٧٠ مدنى كويتى) ٠

ويعنى هذا النص فى المقام الأول ، ان كل دفع كان للمدين المحال عليه أن يتمسك به ـ وقت نفاذ الحوالة فى حقه ـ فى مواجهة المحيل كان له أن يحتج به فى مواجهة المحال له ٠ فوقت نفاذ الحوالة فى حق المدين هو المعيار فى بيان الدفوع التى يجوز للأخير أن يتمسك بها قبل المحال له ٠ فكل

دفـع كان يحـق للمدين أن يتمسك به قبل هـذا الوقت يكون فى وسـعه أن يدفـع به ضـد المحال له كالدفـع بالبطلان أو بعيب من عيوب الرضا أو بسبب انقضاء الالتزام · ويكفى فى هـذا الصـدد أن يكون سبب الدفـع قـد نشأ قبل نفـاذ الحوالة حـق المدين حتى لو ترتب حكمه بعـد ذلك(٢٢) ·

اضافة الى ذلك ، وبصراحة النص ، يجـوز للمدين ان يتمسك بالدفوع الخاصة به كالمقاصة بينه وبين المحال له ·

وعن اثر قبول المدين للحـوالة على ما يتمسك به من دفـوع ، فليس من شـأن هـذا القبول ان يفترض نزول المدين عن حقـه فى التمسك بدفـع كان له ضـد المحال له ·

٢٥٣ ـ التزاحم فى حـوالة الحـق وصـوره :

وفى مجال آثار الحـوالة بالنسبة للغير ، قـد يحـدث تزاحم بين أكثر من محال له وقـد يحـدث التزاحم بين محال له ودائن حاجز ·

ـ التزاحم بين الغير المحال لهم :

قـد يحـدث أن يقـوم الدائن ، وقبل نفـاذ الحـوالة بقبـول المدين او اعـلانه ، بتحـويل ذات الحـق الى شخص آخر يعلن بها المدين فـورا او يسعى للحصول على قبـوله بسرعة · القاعـدة فى هـذه الحالة نصت عليها المـادة ٣٧٥ مدنى كويتى (مادة ٣١٣ مدنى مصرى) ومؤداها أنه اذا تعـددت الحوالة بحـق واحـد قـدمت الحـوالة التى تكون أسبق فى نفـاذها فى حـق الغير · وتبعا للحالة المذكورة تقـدم الحـوالة الثانية ·

ـ التزاحم بين محال له ودائن حاجز :

وقـد يحـدث أن يقـوم دائن للمحيل بتوقيع الحجز على حقـه لدى المدين المحال عليه · وفى هـذه الحالة تفرق بين فروض ثلاثة :

الفرض الأول :

وفيه تسبق الحـوالة الحجز من حيث نفـاذها فى حـق الغير · ويفضـل المحال له ويختص بكل الحـق · لان الحجز وقـد جاء بعـد نفـاذ الحـوالة

---

(٢٢) عبد المنعم فرج الصداه ، المرجع السابق ، ج ٢ ، رقم ١٠٥ ، ص ٦٨ ·

وانتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له يكون قد ورد على حق غير مملوك للمحجوز عليه ٠

الفرض الثانى :

أن يكون الحجز سابقا على نفاذ الحوالة فى حق الغير ٠ وفيه يكون المحال له بمثابة حاجز ثان ٠ ويقتسم مع الحاجز الأول الدين قسمة غرماء ٠ (مادة ١/٣٧٦ مدنى كويتى ـ مادة ١/٣١٤ مدنى مصرى) ٠

الفرض الثالث :

أن تقع الحوالة بين حجزين ٠ وذلك بأن يوقع دائن الحجز على حق المحيل لدى المحال عليه قبل نفاذ الحوالة فى حق الغير ٠ وبعد نفاذها يقوم دائن آخر بتوقيع حجز ثان لدى المحال عليه ٠

فى هذا الفرض ينقسم الدين قسمة غرماء بين الثلاثة : الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر على أن يؤخذ من حق الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال (مادة ٢/٣٧٦ مدنى كويتى ـ مادة ٣١٤/ مدنى مصرى) ٠

مثال تطبيقى :

لو افترضنا ان دائنا له فى ذمة المدين ١٢٠٠٠ ريال ٠ قام بتحويلها كلها الى شخص آخر (محال له) وقبل نفاذ الحوالة وقع دائن المحيل حجزا على الحق المحال به تحت يد المدين المحال عليه بمبلغ ٦٠٠٠ ريال ٠ وبعد نفاذ الحوالة حجز دائن آخر للمحيل تحت يد المحال عليه بمبلغ ٦٠٠٠ ريال ٠ ينقسم الدين ابتداء قسمة غرماء بين ثلاثة هم : الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر ٠ ونتيجة القسمة : حصول الحاجز المتقدم على ٣٠٠٠ ريال والحاجز المتأخر على ٣٠٠٠ ريال والمحال له على ٦٠٠٠ ريال ٠٠ ثم يؤخذ من نصيب الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال ٠ وتكون النتيجة النهائية حصول المحال له على ٩٠٠٠ ريال والحاجز المتقدم على ٣٠٠٠ ريال ولا يحصل الحاجز المتأخر على شئ ٠

اضافة الى ذلك ، يمكننا أن نفترض – فى حدود المثال السابق ـ أن الحوالة كانت بمبلغ ٦٠٠٠ ريال فقط ٠ ينقسم الدين ابتداء قسمة غرماء بين الثلاثة ويحصل كل منهم على ٤٠٠٠ ريال ثم يؤخذ من نصيب الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال ٠ وتكون النتيجة حصول المحال له على حقه كاملا وهو ٦٠٠٠ ريال وحصول الحاجز المتقدم على ٤٠٠٠ ريال ولا يبقى للحاجز المتأخر سوى ٢٠٠٠ ريال ٠

٢٥٤ ـ حوالة الحق فى المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

أولا : فى جواز حوالة الحق وانعقادها نصت المادة ٢٩٠ من المشروع على ما يأتى : « يجوز للدائن ان يحول حقه الى شخص آخر ، الا اذا حال دون ذلك نص فى القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة الى رضاء المدين » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٣ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق ايضا المادة ٣٦٤ من القانون المدنى الكويتى .

وفى شروط هذه الحوالة ايضا نصت المادة ٢٩١ من المشروع على أنه « لا تجوز حوالة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للحجز » وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، مع استبدال لفظ « بقدر » بلفظ « بمقدار » والمادة المقترحة من المشروع تطابق أيضا المادة ٣٦٥ من القانون المدنى الكويتى .

ثانيا : وعن نفاذ حوالة الحق نصت المادة ٢٩٢ من المشروع على ما يأتى : « لا تكون الحوالة نافذة فى حق المدين أو فى حق الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن انفاذها فى حق الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٥ من القانون المدنى المصرى الحالى مع استبدال عبارة « فى حق » بلفظ « قبل » الوارد فى النص الحالى . كما تطابق هذه المادة المقترحة من المشروع المادة ٣٦٦ من القانون المدنى الكويتى .

ثالثا : وفى آثار الحوالة بالنسبة للغير ، نصت المادة ٢٩٣ من المشروع على أنه « يجوز قبل اعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل اليه » والمادة تطابق المادة ٣٠٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا المادة ٣٦٧ من القانون المدنى الكويتى .

رابعا : وعن آثار حوالة الحق بين طرفيها ، نصت المادة ٢٩٤ من المشروع على ما يأتى : « ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وتوابعه وضماناته ...... وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من أقساط » والمادة تطابق المادة ٣٠٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، مع ملاحظة أن لفظ

« فوائد » الوارد بها قد حذف من المادة المقترحة للمشروع · كما تطابق هذه المادة المقترحة المادة ٣٦٨ من القانون المدنى الكويتى ·

ونصت المادة ٢٩٥ من المشروع على أنه « يجب على المحيل أن يسلم الى المحال له سند الحق المحال به ، وأن يقدم له وسائل اثبات هذا الحق ، وما هو ضرورى من بيانات لتمكينه من استيفاء حقه » · والنص مستحدث ولا نظير له فى القانون المدنى المصرى الحالى · ولكنه يطابق نص المادة ٣٦٩ من القانون المدنى الكويتى ·

خامسا : أما المادة ٢٩٦ من المشروع فتعالج آثار حوالة الحق بالنسبة للغير بعد نفاذها ونصها كالآتى : « للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له ، وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، أن يتمسك بها قبل المحيل ، كما يجوز لهأن يتمسك بالدفوع المستمده من عقد الحوالة » · وهذه المادة تطابق المادة ٣١٢ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق فى الحكم المادة ٣٧٠ من القانون المدنى الكويتى ·

وتواجه المادة ٢٩٧ من المشروع أثرا من آثار حوالة الحق بين طرفيها ويتعلق بالتزام المحيل بضمان وجود الحق المحال به وقت الحوالة · والمادة يجرى نصها على النحو التالى :

« ١ ـ اذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ·

٢ ـ أما اذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق » ·

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٣٧١ من القانون المدنى الكويتى ·

سادسا : وتقرر المادة ٢٩٨ من المشروع ما أطلقنا عليه من قبل وسيلة من وسائل تشديد التزام المحيل بالضمان وتتعلق بضمانه يسار المدين · وتنص على ما يأتى :

« ١ ـ لا يضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان ·

٢ ـ واذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هـذا الضمان الا الى اليسار وقت الحـوالة ما لم يتفق على غير ذلك » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٠٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما تطابق فى الحكم المـادة ٣٧٢ من القانون المدنى الكويتى ٠ ونذكر هنـا بمقارنة جئنا بها من قبل بين ذلك النص من القانون المدنى المصرى الحالى وهـذا النص الكويتى من حيث الصياغة ٠ وفضلنا من خلالها صياغة النص المصرى ٠ ونصل من ذلك أيضـا الى تفضـيل نص المـادة المقترحة من المشروع ســالفة الذكـــر ٠

وعما تناولناه من قبـل جزاء لاخـلال المحيل بالتزامه بالضمان ، نصت المـادة ٢٩٩ من المشروع على أنه « اذا رجـع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمـادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل الا برد ما اخـذه من المحال له مـع المصروفات ، ولو وجـد اتفـاق يقضى بغير ذلك » ٠

وهـذه المـادة تقـابل المـادة ٣١٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ مع ملاحظة أن نص المشروع قـد استبدل عبارة « ما أخـذه » بعبارة « ما استولى عليه » ٠ كما حـذف من نص المشروع لفظ « الفوائد » ٠ وهـذه المـادة المقترحة من المشروع ، تطابق أيضا الفقرة الأولى من المـادة ٣٧٣ من القانون المدنى الكويتى ٠

سابعا : وتواجـه المـادة ٣٠٠ من المشروع أيضا أثرا من آثار حوالة الحـق بين طرفيها ويخص التزام المحيل بضمان فعله الشخصى والمـادة نصها كالآتى : « يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحـــوالة بغير عـوض ، وحتى لو اشترط عـدم الضمان » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣١١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق فى حكمها المـادة ٣٧٤ من القانون المدنى الكويتى ٠

ثامنا : وتقرر المـادة ٣٠١ من المشروع الحكم فى حالة التزاحم بين الغير المحال له فى حالة التعـدد ٠ ونصها كالآتى :

« اذا تعـددت الحـوالة بحـق واحـد فضلت الحـوالة التى تصبح قبل غيرها نافـذة فى حـق الغير » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣١٣ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا المـادة ٣٧٥ من القانون المدنى الكويتى ٠

اما المـادة ٣٠٢ من المشروع فتواجه حالة أخرى من حالات التزاحم هى حالة التزاحم بين محال له ودائن حاجز والمـادة نصها كما يأتى :

« ١ ـ اذا وقـع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحـوالة نافـذة فى حـق الغير ، كانت الحـوالة بالنسبة الى الحاجز بمثابة حجز آخر ٠

٢ ـ وفى هـذه الحالة اذا وقـع حجز آخر بعـد أن أصبحت الحـوالة نافـذة فى حـق الغير ، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقـدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخـذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحـوالة » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣١٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق ايضا المـادة ٣٧٦ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقـدمنا تطبيقات التزاحم فيما سـبق ٠

المبحث الثالث

حوالة الحق فى الفقه الاسلامى

٢٥٥ ـ الحوالة تطبيق لنصوص آمرة فى الشريعة وليست اجتهادا فقهيا :

ذهب البعض الى القول بأن الشريعة الاسلامية لم تعرف من الحوالة سوى حوالة الدين دون حوالة الحق(٢٣) وفى الرد على ذلك ، يقول العلامة السنهورى أنه ليس صحيحا أن الفقه الاسلامى عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق والا كان هذا بدعا فى تطور القانون(٢٤) .

وفى الحق ، فان أحكام الحوالة فى الفقه الاسلامى ليست اجتهادا فقهيا بقدر ما هى تطبيق لنصوص آمره فى الشريعة الاسلامية . مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام « مطل الغنى ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » ومن هنا نقول ان الشريعة الاسلامية قد عرفت فيها حوالة الدين وحوالة الحق . ونعرض لحوالة الحق فى الفقه الاسلامى فى اطار بيع الدين وهبته .

٢٥٦ ـ حوالة الحق فى اطار بيع الدين وهبته عند المالكية :

فى هذا الاطار ، فالفقه المالكى قد أجاز بيع الدين وهبته . جاء فى قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المالكى « فى بيع الدين ، فمن كان له

---

(٢٣) راجع : حسن الذنون ، احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى ، ص ٢٠٧ راجع ايضا : صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، مشار اليه من قبل ، ص ٥٩٦ وما بعدها .

(٢٤) السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثالث ، مشار اليه من قبل ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٢١ ـ ٤٢٢ ويجدر بنا هنا وللانصاف ان نبرز رأيا ذهب الى القول بأن العلامة السنهورى قد انكر معرفة الفقه الاسلامى لحوالة الحق راجع : ملخص أعده د. عيسى عبده عن دراسة العقد الحوالة قامت باعدادها موسوعة الفقه الاسلامى بالكويت ونشرت عام ١٣٩٠ هـ . والملخص منشور فى مجلة يضم مجموعة البحوث المقدمة للمؤتمر الاسلامى الذى عقد فى جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض سنة ١٣٩٦هـ . ونشرت الجامعة المجلة سنة ١٤٠١هـ : ص ١٩٩ وما بعدها . ولا ندرى من أين اتى صاحب هذا الرأى بذلك : فالعلامة يقول غير ذلك بيقين . ولم ينكر معرفة الفقه الاسلامى لنوعى الحوالة . ليس هذا فحسب بل ان هذا الرأى قد ذهب ـ على غير حق ودون أساس ـ الى ان السنهورى قد ذهب الى ان الشريعة لم تعرف الحوالة مطلقا لا فى الحق ولا فى الدين .

دين على آخر فلا يجـوز أن يبيعه الا بشرطين : أحـدهما أن يقبض ما يبيعه به من غير تأخير لئلا يكون بيـع دين بدين • الثانى أن يكون ما يأخـذ فى الدين ممـا يجـوز أن يسلم فيه رأس المـال الذى أسلمه الى المديان »(٢٥) •

وجاء فيه أيضـا « وتجـوز هبة الدين خلافا للشافعى »(٢٦) •

وما نود ان ننبه اليه هنـا ، أن بيع الدين لدى المـالكية الذى يتضمن ما نسميه فى القانون حـوالة حـق ، هـو بيـع الدين من غير المدين • وهـو حـوالة حـق عن طريق المعاوضة(٢٧) • وهبة الدين ايضا وهى حـوالة حـق عن طريق التبرع ، يلاحظ فيها انها هبة دين من غير المدين •

٢٥٧ ـ أما المذاهب الأخرى فلا يجوز فيها بيـع الدين الا ممن عليـه الدين(٢٨) • فالأصل عند الأحناف أن تمليك الدين من غير من عليـه الدين باطـل سواء كان التمليك بعـوض (بيـع الدين) أو بغير عـوض (هبـة الدين)(٢٩) وعند الحنابلة ، نجـد المـادة ٢٩٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل تنص على أنه « لا يصح بيـع الدين بالدين مطلقا سـواء كانا حالين أو مؤجلين أو مختلفين » •

وتنص المـادة ٢٩٣ من نفس المجلة على انه « لا يصـح بيع الدين لغير من هـو عليه • ويصح بيعـه للمدين بثمن حال مقبوض فى المجلس •••••• »

---

(٢٥) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٨١ •

(٢٦) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليـه من قبـل ، ص ٣٩٨ •

(٢٧) راجع ، السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، هامش (٢) ص ٤٣٥ • ويرى فى بيع الدين من غير المدين وفاء مع الحلول أو وفاء للدين بمقابل صـادر من غير المدين •

ويقول ابن جزى فى موقع آخر (ص ٣١٧) : لا يجـوز بيع الدين بالدين مثل أن يبيع دينا له على رجل من رجل آخر بالتاخير •

ويقسم ابن جزى الحـوالة الى احالة قطع واحالة اذن • راجع ص ٣٥٥ من قـوانين الاحكام الشرعية •

(٢٨) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٣٤ ـ ٤٣٦ •

(٢٩) الاشباه والنظائر لابن بخيم ، مشار اليه من قبل ، ص ١٤٤ • واستثناء على ذلك جوز الحنفية للبائع أن يتصرف فى الثمن قبل قبضه بالحوالة الى دائنه (م• ٢٥٢ من الاحكام العدلية ـ م• ٤٢٤ من مرشد الحيران) وعليه فان حوالة الحق هنا هى عبارة عن انتقال دين الدائن •

وعلى اية حال ، فقد جاء فى كشاف القناع « وليست الحوالة بيعا ، لأنها لو كانت بيعا لكانت بيع دين بدين • ولما جاز التفرق قبل القبض • لأنها بيع مال الربا بجنسه • ولجازت بلفظ البيع ، وبين جنسين كالبيع كله • ولان لفظها يشعر بالتحول • وليست ايضا فى معنى البيع ، لعدم العين فيها ، بل الحوالة تنقل المال المحال به من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه لما سبق من أنها مشتقة من التحول أو التحويل وفيها شبه بالمعاوضة من حيث انها دين بدين وشبه بالاستيفاء »(٣٠) •

وعند الشافعية ، قال السيوطى أنه « لا يصح بيع الدين بالدين قطعا واستثنى منه الحوالة للحاجة وأما بيعه لمن هو عليه فهو الاستبدال »(٣١) الا ان الامام الشافعى يقول فى الأم « فالحوالة معقول فيها أنها تحول حق على رجل الى غيره »(٣٢) وهو ما ذكره صاحب المهذب من أنه « اذا احال بالدين انتقل الحق الى المحال عليه وبرئت ذمة المحيل لأن الحوالة اما أن تكون تحويل حق أو بيع حق وأيهما كان تبرأ به ذمة المحيل »(٣٣) ولعل فى القولين الأخيرين ما يبرر للذهن تلمس حوالة الحق فيهما •

٢٥٨ ـ بعض تطبيقات لحوالة الحق فى الفقه الاسلامى :

ومهما يكن من امر ما تقدم ، فلا أحد يستطيع أن ينكر بعض التطبيقات البارزة لحوالة الحق فى الفقه الاسلامى بصفة عامة ونحاول أن نستظهرها •

ومنها ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية من أنه يجوز للبائع أن يتصرف بثمن المبيع قبل قبضه وذلك عن طريق الحوالة • وورد فى المادة ٢٥٢ منها متعلقا بذلك « •••••• مثلا لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحيل بثمنه دائنه » • وبخصوص الهبة ، نصت المادة ٨٤٨ من مجلة الأحكام العدلية على أن « من وهب دينه الذى هو فى ذمة أحد لآخر وأذنه صراحة بالقبض ، بقوله أذهب فخذه ، فذهب الموهوب له وقبضه تتم الهبة » •

وبخصوص الهبة أيضا ، اجاز المالكية هبة الدين على ما ذكرنا من قبل • وأجازوا أن يهب الانسان ماله كله لأجنبى وبصيغة تقتضى الايجاب والقبول من قول او فعل كلفظ الهدية والعطية • ومعنى ذلك انه لو وهب شخص دينه الذى فى ذمة أحد لآخر صح(٣٤) •

---

(٣٠) كشاف القناع عن متن الاقناع ، للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٣٨٣ •

(٣١) الاشباه والنظائر ، للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص٣٣٠ • ولنظر ايضاص٤٦١ •

(٣٢) الأم للامام الشافعى ، الجزء السابع ، الناشر مكتبة الكليات الازهرية ، الطبعة الاولى ١٣٨١هـ ـ ١٩٦١م ، ص ١١٨ •

(٣٣) المهذب للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٤٥ •

(٣٤) راجع ، قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٩٧ ـ ٣٩٨ •

الفصــل الثانى

حــوالة الــدين

CESSION DE DETTE

٢٥٩ ـ تعــريف :

نصت المــادة ١/٣٧٧ من القانون المدنى الكويتى على ما يأتى :

« يترتب على حــوالة الدين نقــل الدين من ذمة المدين الأصلى الى ذمة المحــال عليــه » .

وحــوالة الدين تبعا لذلك عبارة عن عقــد يتمكن المدين بمقتضاه من نقــل ديونه قبــل دائنه الى شخص أجنبى يصير مدينا فى مواجهة هــذا الدائن بدلا من المدين الأصلى[1] .

وهــذا التعريف لحــوالة الدين هــو ما أظهرته بوضــوح المــادة ٣١٥ من القانون المدنى المصرى اذ قالت : « تتم حــوالة الدين باتفــاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين » .

وعلى ما تقــدم ، فالأصل انعقاد هــذه الحــوالة بين المدين الأصلى والغير .. صحيح ليس هناك ما يمنع من اتفاق الدائن والغير على حــوالة الدين الا ان الصورة الاولى هى الغالبية[2] .

والمدين الأصلى يسمى المحيل
أما الأجنبى فيسمى المحال عليه
والدائن يســــــمى المحــال

---

(١) راجـع

LE BRUN (A.) : Cession de dette Encycl. Juridique., op. cit.,

SAVTIER : op. cit., n. 269, p. 330-331.

(٢) قارن : السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣٠٦ ، ص ٥٥٣ ، ويرى ان انعقاد حوالة الدين يتم باتفاق الدائن والاجنبى وهذا هو الاصــل .

٢٦٠ ـ تقسـيم :

سوف تتناول دراستنا لحـوالة الدين ثلاث مسائل : انعقاد الحـوالة ، ثم نفـاذها ونتبع ذلك ببيان آثارها • ثم نعرض لموقف الفقه الاسـلامى من حـوالة الدين •

المبحث الأول : انعقاد حـوالة الدين ونفـاذها •

المبحث الثانى : آثار حـوالة الدين •

المبحث الثالث : حـوالة الدين فى الفقـه الاسلامى •

المبحث الأول

انعقاد حوالة الدين ونفاذها

٢٦١ ـ أولا : انعقاد الحوالة :

تتم حوالة الدين فى صورتها الغالبة باتفاق بين المدين والغير على أن يتحمل الأخير بالدين بدلا من المدين الأصلى • لكن ليس هناك ما يحول دون أن تتم الحوالة باتفاق الدائن والغير ولكن سوف نكتفى بدراسة الصورة الغالبة وهى الأولى •

وحوالة الدين على النحو المتقدم ، من العقود الرضائية •• اذ يكفى لانعقادها تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين هما : ارادة المدين الأصلى (المحيل) والغير (المحال عليه) فلا يشترط رضا الدائن لانعقادها ، ولئن كان ضروريا لنفاذها[٣] • وقد تتم معاوضة أو على سبيل التبرع •

وتخضع حوالة الدين – شأنها فى ذلك شأن أى عقد – للقواعد العامة فى ابرام العقود من حيث وجوب توافر الرضا والمحل والسبب اضافة الى توافر الأهلية وسلامة الارادة من العيوب •

وتجدر الاشارة الى ان تغيير المدين فى حوالة الدين انما هو أمر يتسم بخطورة أكثر لو نظرنا الى تغيير الدائن فى حوالة الحق • بل ان الخطورة فى الفرض الأخير لا تقارن بالفرض الأول • وليس من شك فى أن ذلك يمكن أن يكون مسوغا لتقديم الصورة الأخرى لحوالة الدين وتتم باتفاق الدائن مع المدين الجديد[٤] • ولذا نصت المادة ٣٧٩ من القانون المدنى الكويتى على أن الحوالة تصح باتفاق الدائن والمحال عليه ، ولكن اذا لم يقرها المدين الأصلى فلا يكون للمحال عليه حق فى الرجوع عليه طبقا لأحكام حوالة الدين[٥] •

---

(٣) السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣١٢ ، ص ٥٦٣ •

(٤) السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣١٤ ، ص ٦٦٥ ـ ٥٦٦ ، وراجع هذه الصورة أيضا ، نفس المرجع ، رقم ٣٢٣ ، ص ٥٧٨ وما بعدها •

(٥) ونصت المادة ١/٣٢١ مدنى مصرى على هذه الصورة لحوالة الدين •

٢٦٢ ـ ثانيا : نفـاذ الحـوالة :

اذا عقـدت الحـوالة بين المدين الأصلى والمحال عليه فأنها لا تكون نافـذة فى حـق الدائن الا اذا أقرها • هـذا ما نصت عليه المـادة ١/٣٧٨ مدنى كويتى (مادة ١/٣١٦ مدنى مصرى) •

ويلاحظ أن المشرع لم يشأ أن يترك أمر قبول الحـوالة ومن ثم نفـاذها لهـوى الدائن • فقـد أجاز للمدين الأصلى والمحال عليه القيام باعلان الدائن بالحـوالة ودعـوته الى اقرارها خـلال أجـل معقول يعين فى الاعلان • فاذا انقضى الأجـل دون أن يصـدر هـذا الاقرار من الدائن اعتبر سكوته رفضـا للحـوالة • هكذا نصت المـادة ٢/٣٧٨ مدنى كويتى (مادة ٢/٣١٦ مدنى مصرى)(٦) •

وليس لاقرار الدائن شـكل خاص يجب أن يفرغ فيـه • كما أنه ليس هنـاك ـ ما عـدا الحالة السابقة ـ موعـد محـدد يجب أن يصـدر فيـه هـذا الاقرار من الدائن •

---

(٦) ويلاحظ أنه اذا انعقدت حـوالة الدين باتفـاق الدائن والمحـال عليـه ، فان اقرار المدين الاصلى للحوالة ضرورى حتى يتمكن المحـال عليه من الرجوع على هذا المدين الاصـلى بما وفاه للدائن وذلك أساس لحكام حوالة الدين • (مـادة ٣٧٩ مدنى كويتى) •

المبحث الثانى

آثار حـواله الدين

٢٦٣ ـ تقســيم :

متى اقر الدائن حـوالة الدين التى عقـدت باتفـاق المدين الأصـلى والمدين الجـديد (المحال عليه) كانت نافـذة • وفى بحث آثارها نفرق بينها فى العـــلاقة :

ـ بين الدائن والمدين الجـديد (المحال عليه) •

ـ بين الدائن والمدين الأصلى (المحيل) •

ـ بين المدين الأصلى (المحيل) والمدين الجـديد (المحال عليه) •

٢٦٤ ـ أولا : آثار الحـوالة فى عـلاقة الدائن والمحال عليه :

يتمثل الأثر الجـوهرى لحـوالة الدين فى اطار هـذه العلاقة أن المحال عليه وهـو المدين الجـديد يحل محل المدين الأصلى فى التزامه بالدين تجـاه الدائن •

وهـو ما يعنى براءة ذمة هـذا المدين الأصلى قبل الدائن هـذا فى المقام الاول ، وانتقال الدين الى المحال عليه فى المقام الثانى •

وعن براءة ذمة المدين الأصلى تجاه الدائن فانها تكون من وقت ابرام عقـد الحـواله وليس من تاريخ لقرار الدائن لهـا • وتبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجـة الى أن يصرح الدائن بذلك • فالمعنى مستفاد من اقراره[٧] • وفى ذلك تنص المـادة ٣٨٠ من القانون المدنى الكويتى على براءة ذمة المدين الأصلى من الدين اذا كان المحال له طرفا فى عقـد الحـوالة أو أقرها •

أما عن انتقال الدين ، فانه ينتقل الى ذمة المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته (مادة ١/٣٨١ مدنى كويتى ـ مادة ٣١٨ مدنى مصرى) •

وعن الصفات ، فاذا كان الدين تجاريا ، أو معلقا على شرط أو مضـافا الى أجـل انتقـل كذلك •

---

(٧) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٣٢٩ ، ص ٥٨٥ •

وعن التأمينات ، فان الدين المحال يلازمه فى تحـوله من المدين الأصلى الى المحال عليه كافة التأمينات التى كانت تضمنه • وهـذا الحكم يخص ما قـدمه المدين الاصلى للدائن من تأمينات لدينه • ومن ثم لا يشمل ما قـدم للدائن من كفيل المدين الاصلى سواء كان كفيلا شخصيا او عينيا • وتفسير ذلك أنه لو كان المدين الاصلى قـد قـدم للدائن ضمانا لدين تامينا عينيا ـ والتأمين الشخصى غير مطروح فى هـذا الفرض – مثل الرهن انتقل هـذا التامين مـع الدين لصلحـة الدائن • ام لـو كان هناك كفيل شخصى يضمن الدين على المدين الأصلى أو كفيل عينى قـدم رهنـا فـلا التزام على اى منهما تجاه الدائن الا اذا كان قـد رضى بالحـوالة (مادة ٢/٣٨١ مدنى كويتى – مادة ٢/٣١٨ مدنى مصرى) •

وكما هـو واضح فان التأمينات التى تأتى من غير المدين الاصلى ، مثل الكفالة الشخصية أو العينية ، لا تلازم الدين فى تحـوله الا اذا رضى بالحوالة من قـدم التامينات تلك •

أما عن الدفـوع ، فأنه يلازم الدين فى تحـوله ما يتصل به من دفـوع كان يحق للمدين الأصلى أن يتمسك بها قبـل الدائن (مادة ٣٨٢ مدنى كويتى – مادة ٣٢٠ مدنى مصرى) •

وتبعـا لذلك فللمحال عليه أن يتمسك فى مواجهة الدائن بجميع الدفـوع المتعلقة بذات الدين وكان يحق للمدين الأصلى أن يحتج بها • كالدفـع بالبطلان لعـدم توافر شروط المحل أو لعـدم مشروعية السبب •• كذلك للمحال عليه أن يتمسك بمـا كان يستطيع المدين الأصلى أن يتمسك به من دفـوع مستمدة من عقـد الحـوالة • كأن يطالب المحال عليـه ببطـلان الحـوالة لعـدم مشروعية السبب أو يطلب ابطالها لنقص أهليته أو لعيب شاب رضاه •

ويلاحظ أن الدين اذ ينتقل الى ذمة المحال عليه على الوجـه المتقـدم فانه ينتقل من وقت براءة ذمة المدين الأصلى • أى من وقت انعقـاد الحـوالة وليس من وقت اقرار الدائن لهـا •

٢٦٥ ـ ثانيا ـ آثار الحـوالة فى علاقة الدائن بالمحيل :

ذكرنا أن الأثر الجـوهرى للحـوالة هـو براءة ذمة المدين الأصـلى (المحيل) تجاه الدائن • وذلك يفترض بطبيعة الحال انعقـاد الحـوالة باتفاق هـذا المحيل والمحال عليـه • وهـو الفرض الذى نعالجه فى هـذه الدراسـة كما ألمحنا • وتبرأ ذمة المدين الأصلى من وقت انعقـاد الحـوالة ودون حاجة لتصريح من الدائن على نحـو ما ذكرنا •

وبراءة ذمة المدين الأصلى تعنى ببساطة عـدم جـواز مطالبة الدائن لـه وانمـا يستطيع هـذا الدائن مطالبة المحال عليه فهو المدين الجـديد ·

واستثناء على براءة الذمة المذكور ، نصت المـادة ٣١٩ من القـانون المدنى المصرى على أن المدين الأصلى يضمن يسار المدين وقت اقرار الدائن للحـوالة ما لم يتفق على غير ذلك ·

وعلى ذلك فانه اذا كان الأصـل هـو ضمان المحيل أن يكون المحال عليه فى حالة يسار وقت اقرار الدائن للحـوالة ، فانه يجـوز الاتفـاق على غير ذلك تخفيفا أو تشديداً · اذ يجوز للمدين الأصلى أن يخلى نفسه من هذا الضمان بالاتفـاق على مثل هـذا الاخـلاء · كما يجـوز الاتفـاق على ضمان المدين الأصلى يسار المحال عليه ليس فقط وقت اقرار الدائن الحـوالة بل وايضا وقت حـلول الدين ·

٢٦٦ ــ ثالثا ــ آثار الحـوالة فى علاقة المحيل والمحال عليه :

نذكر مرة أخرى باننا نعالج فى حـوالة الدين الصورة التى تنعقـد فيها باتفاق المدين الأصلى والمدين الجـديد ·

ونفرق بشأن هـذه الآثار ، بين ما يترتب منها قبل اقرار الدائن للحوالة وما يترتب بعـده ·

فقبل اقرار الدائن للحـوالة :

يكون المحال عليه ملتزما تجاه المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب ما لم يوجـد اتفـاق يقضى بغير ذلك · ويسرى هـذا الحكم ولو رفض الدائن الحـوالة (مادة ١/٣١٧ مدنى مصرى) ·

والمعنى الواضح لذلك أن المحال عليه وقبل اقرار الدائن للحـوالة ــ حيث لم يتحـدد موقفـه بالرفض أو القبول ــ يكون ملتزما تجاه المدين الأصلى بأن يخلص ذمة الاخير من الدين فى الوقت المناسب · أى وقت حلول الدين · وهـو التزام بعمل[٨] · ويسرى هـذا الحكم أيضا لو تحـدد موقف الدائن من الحوالة بالرفض ·

ويلاحظ انه اذا كان المدين الأصلى قـد التزم نحـو المحال عليه فى عقـد الحـوالة بشىء فى مقابل التزام الأخير بتحمل الدين ، فليس له أن يطالب المحال عليه بأن يوفى للدائن الا اذا كان قـد نفـذ التزامه (مادة ٢/٣١٧ مدنى مصرى) ·

---

(٨) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٣٤٣ ، ص ٦١٣ ·

وبعـد اقرار الدائن للحـوالة :

يكون المحال عليه ملتزما نحـوه بالوفاء بالدين ، وبذلك تبرأ ذمة المدين الأصلى من الدين المذكور • وكأن المدين الأصلى قـد استفاد من الحـوالة بمقدار الدين وهـذا يعنى أن المحال عليه قـدم للمدين الأصلى التزاما بقيمة الدين • وقـد يقصـد المحال عليه من هـذا الالتزام أداء هـذه القيمة على سبيل القرض أو يقصـد الوفاء بدين فى ذمته لهـذا المدين الأصلى ، وقـد يقصـد التبرع • وفى الحالة الاخيرة قـد يشترط المحال عليه الرجـوع على المدين الأصلى •

٢٦٧ ـ حوالة الدين فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعـاملات المـالية :

أولا ـ تناول المشروع تعريف حـوالة الدين فى المـادة ٣٠٣ اذ قالت : « تتم حـوالة الدين باتفـاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين » وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣١٥ من القانون المدنى المصرى الحالى • وفـوق ذلك ، فانها تقـابل الفقرة الأولى من المـادة ٣٧٧ من القانون المدنى الكويتى وتنص على انه « يترتب على حـوالة الدين نقـل الدين من ذمة المـدين الأصـلى الى ذمة المحال عليه » •

ثانيا ـ تعالج المـادة ٣٠٤ من المشروع انعقاد حـوالة الدين ونفـاذها فى احـدى صورتين لها • وتتم الحـوالة فيها باتفـاق المدين الأصلى والمدين الجـديد (المحال عليه) وهى الصورة الغالبة • والمـادة نصها كالآتى :

« ١ ـ تنعقد الحـوالة التى تتم بين المدين الأصلى والمحال عليه موقوفة على قبـول الدائن •

٢ ـ واذا قام المدين الأصلى أو المحال عليه باعلان الحـوالة الى الدائن ، وعين له أجـلا معقـولا لقبول الحـوالة ثم انقضى الأجـل دون أن يصـدر القبـول ، اعتبر سكوت الدائن رفضـا للحـوالة » •

وهـذه المـادة المقترحة تقـابل المـادة ٣١٦ من القانون المدنى المصرى الحالى مـع تعـديل حاصـله :

(أ) أن المـادة المقترحة من المشروع قـد استبدلت عبارة « تنعقد الحـوالة •••••• موقوفة على قبول الدائن » بعبارة « لا تكون الحـوالة نافـذة فى حـق الدائن الا اذا أقرها » •

(ب) أن المــادة المقترحة من المشروع قــد عبرت عن دور الدائن فى نفــاذ حــوالة الدين فى هــذه الصورة بالاقرار بدلا من القبول الوارد فى النص الحــالى ٠

وهــذه المــادة المقترحة من المشروع تقــابل المــادة ٣٧٨ من القــانون المدنى الكويتى ويبدو لنــا أن الأخيرة استمدت احكامها من النص الحالى للقانون المدنى المصرى الذى ذكرناه من قبل وهــو نص المــادة ٣١٦ ، فهى تطابقه ٠

والغريب فى الأمر أنه جاء بالمشروع تعليقا على ذلك النص المقترح للمــادة ٣٠٤ من المشروع أنه يطابق المــادة ٣٨٠ من القانون المدنى الكويتى وهـــذا غير صـــحيح ٠

ثالثا ــ تقرر المــادة ٣٠٥ من المشروع الحكم فى الحالة التى لا يحــدد فيها الدائن موقفه من الحــوالة وتنص على ما يأتى :

« ١ ــ اذا لم يحــدد الدائن موقفه من الحــوالة قبولا أو رفضا ، كان المحال عليه ملزما بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب ما لم يوجــد اتفــاق يقضى بغير ذلك ويسرى هــذا الحكم ولو رفض الدائن الحــوالة ٠

٢ ــ على أنه لا يجــوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ما دام هــو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقــد الحوالة » ٠

وهــذه المــادة تطابق المــادة ٣١٧ من القانون المدنى المصرى الحالى وقــد عرضنا لهــا من قبل ٠ مــع ملاحظة أن نص المشروع قــد استعمل لفظ « قبولا » بدلا من « اقرارا » الوارد فى ذلك النص الحالى ٠

رابعا ــ تقرر المــادة ٣٠٦ من المشروع التزاما على عاتق المدين الأصلى بضمان يسار المحال عليه ونصها كالآتى :

« يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسرا وقت قبــول الدائن للحــوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » ٠

وهــذه المــادة المقترحة من المشروع تطابق المــادة ٣١٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ مــع ملاحظة أن المــادة المقترحة هــذه استعملت لفظ « قبول » بدلا من لفظ اقرار الوارد فى ذلك النص الحالى ٠ ولا يبــدو أن للمــادة المقترحة نظيرا فى القانون المدنى الكويتى ٠

خامسا ـ تتناول المـادة ٣٠٧ من المشروع الصورة الأخرى لحـوالة الدين وتتم باتفاق الدائن والمحال عليه ، ونصها يجرى على النحو التالى :

« يجـوز كذلك ان تتم حـوالة الدين باتفـاق بين الدائن والمحال عليـه يتقرر فيه أن هـذا يحـل محـل المدين الأصلى فى التزامه » ·

وهـذه المـادة المقترحة تطابق الفقرة الأولى من المـادة ٣٢١ من القانون المدنى المصرى الحالى · كما تقابل المـادة ٣٧٩ من القانون المدنى الكويتى ·

سادسا ـ تتضمن المـادة ٣٠٨ من المشروع اثرا من آثار حـــوالة الدين فى صورتها الأولى ونصها كالآتى :

« ١ ـ تبقى للدين المحال به ضماناته ·

٢ ـ ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيا كان او شخصيا ، ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحـوالة » ·

وهـذه المـادة المقترحة تطابق المـادة ٣١٨ من القانون المدنى المصرى الحالى · كما تطابق المـادة ٣٨١ من القانون المدنى الكويتى · ونبرز هنـــا أيضا ما جاء بالمشروع تعليقا على هـذا النص المقترح منه من انه يطابق المـادة ٣٨٣ من « التقنين المدنى الكويتى » وهـذا غير صحيح ·

وفى أثر من آثار حـوالة الدين ايضا ، يخص الدفـوع نصت المـادة ٣٠٩ من المشروع على ما يأتى :

« للمحال عليه أنّ يتمسك قبـل الدائن بما كان للمـدين الأصلى من دفوع متعلقة بذات الدين ، كما يجـوز له ان يتمسك بالدفـوع المستمدة من عقـد الحـــوالة » ·

وهـذه المـادة المقترحة من المشروع انمـا تطابق فى حكمها المـادة ٣٢٠ من القانون المدنى المصرى الحالى · وهى تطابق ايضا المـادة ٣٨٢ من القانون المدنى الكويتى · والغريب أيضا ما جاء بالمشروع من ان هـذه المـادة المقترحة منه تطابق المـادة « ٣٨٤ من التقنين المدنى الكويتى » وهـذا غير صحيح ·

المبحث الثالث
حـــوالة الـــدين
فى
الفقـه الاســلامى

٢٦٨ - تعـــريفة :

افاض الفقــه الاســلامى فى حـوالة الدين وجـوزها بجميع مذاهبــه ٠ وقـد عرفتها مجلة الأحكام العـدلية فى المـادة ٦٧٣ على أنها تعنى « نقــل الدين من ذمة الى أخرى » وفى مرشــد الحيران جاء تعريف حـوالة الدين فى المـادة ٨٧٦ اذ قالت : « الحـوالة هى نقـل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه » وعلى نحو أكثر وضـوحا وشمولا ورد تعريف الحـوالة فى مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل ٠ فقـد نصت المـادة ١١٥٥ من هـذه المجلة على أن « الحـوالة عقـد ارفاق يقتضى انتقال الدين من ذمة الى أخرى غير جزية » ٠ وجاء بالمـادة ١١٥٦ من المجلة المشار اليها ايضا أن « الاحالة نقــل المدين ما عليه الى ذمة غيره بايجاب »(٩) ٠

ونبحث حـوالة الدين فى الفقــه الاسلامى فى عـدة مطالب على النحـو التــــالى :

المطلب الأول : انعقاد حـوالة الدين فى الفقــه الاســلامى ٠

المطلب الثانى : شروط حـوالة الدين فى الفقــه الاســلامى ٠

المطلب الثالث : آثار حـوالة الدين فى الفقــه الاســلامى ٠

---

(٩) ويلاحظ ، فى مجال الحوالة ، أن الدائن يطلق عليه فى الفقه الاسلامى « المحتال » أو « المحال » ٠ أما المدين الجديد فيطلق عليه « المحتال عليه » أو « المحال عليه » والمدين الاصــلى يطلق عليه المحيل ٠

راجع فى تعريف حوالة الدين فى الفقه الاسلامى :

الحنفية : حاشية رد المحتار لابن عابدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٠ الشافعية : المهـذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل الجزء الاول ، ص ٣٤٤ ٠

المـالكية : بداية المجتهد ونهاية المقتصــد لابن رشد الحفيد ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثانى ، ص ٢٥٠ - ٢٥١ ٠

الحنابلة : كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق ٠

راجع أيضا : على الخفيف ، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، الطبعة الرابعة ، القاهرة سنة ١٩٥٢ ، ص ٢٢٧ ٠

المطلب الأول

انعقاد حـوالة الدين فى الفقـه الاسـلامى

٢٦٩ ـ انعقاد حـوالة الدين بالتراضى :

تنعقـد حـوالة الدين بالتراضى وتتخـذ لدى الاحنـاف عـدة صور تبعا لهـذا التراضى(١٠) :

الصـــورة الأولى :

وتتم فيها الحـوالة برضا المحيل والمحال والمحال عليه :

وقـد نصت على هـذه الصورة المـادة ٨٨٢ من مرشـد الحيران بقـولها « يشترط لصحة الحـوالة رضـا الكل أى المحيل والمحتال والمحتال عليه ... » ونصت عليها ايضا المـادة ٦٨٠ من مجلة الأحكام العـدلية حين قالت « لو قال المحيل لدائنه حـولتك على فـلان وقبل الدائن تنعقـد الحـوالة » .

الصـــورة الثـانية :

وتتم فيها الحـوالة برضى المحيل والمحال :

وفيها يكون المحتال عليه غائبا واحيل عليه الدين باتفـاق المحيل والمحال له على ذلك . فان الحـوالة تصبح شريطة قبـول المحتال عليه بالحـوالة راضيا حيث يلتزم للمحال له . اما اذا لم يرض المحتال عليه بالحـوالة فلا ينتقل الدين فى ذمته ولا يكون للمحال له حـق مطالبته . وقـد نصت على ذلك المـادة ٨٨٢ من مرشـد الحيران . والواضح أن الحـوالة هنا لا تتم بغير رضا المحتـال عليه . ولكن المـادة ٨٨٢ من مرشـد الحيران استثنت فى عجزها حالة تتم فيها الحـوالة باتفـاق المحيل والمحال له دون رضا المحتال عليه وهى حالة ما اذا استدانت زوجته النفقة عليه بأمر القاضى فان لهـا أن تحيل عليه بلا رضاه ويكون ملزما بالدين للمحتال .

---

(١٠) راجع نفس الحكم فى المـادة ٦٨٢ من مجلة الاحكام العدلية .

وراجع فى ضرورة رضـا الكل فى الحوالة : حاشية رد المحتار لابن عابدين مشـار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤١ ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ، مشار اليه من قبل ، الجزء السابع ص ٣٤٣٥ .

الصـــورة الثالثة :

وفيها تتم الحـوالة باتفـاق المحيل والمحال عليه :

مثلا لو قال واحـد للآخر خـذ عليك حـوالة دينى الذى بذمتى لفلان وقبل المحال عليه ذلك · تنعقـد الحـوالة موقوفة على قبول المحال له · هـكذا نصت المـادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام العـدلية ·

الصـــورة الرابعة :

وفيها تتم الحـوالة باتفاق المحال والمحال عليه :

كما لو قال واحـد للآخر خـذ مالى على فلان من الديون وقـدره كذا

حـوالة عليك فقال له الآخر قبلت · هنا الحـوالة انعقـدت بين المحال له والمحال عليه · ونصت على ذلك المـادة ٦٨١ من مجلة الأحكام العـدلية[١١] ·

٢٧٠ ــ ويلاحظ أن للحنابلة موقفا آخر فى انعقاد حـوالة الدين ، اذ نصت المـادة ١١٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية على أن الحـوالة « تنعقد ··· بمجرد ايجاب المحيل ولا تحتاج الى قبول أو رضى من المحتال[١٢] ولا المحال عليه » ولكن يجب لصحة الحـوالة رضا المحيل اذ لا تصح احالة المكره (مادة ١١٦٦ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل) ونصت المـادة ١١٧٠ من هـذه المجلة أيضا على أنه لا يشترط لصحة الحـوالة رضا المحتال اذا كان المحال عليه مليئا أما اذا لم يكن مليئا فلا تصح الحـوالة الا برضا المحتال · وعند الشافعية ذكر صاحب المهـذب « لا تصح الحـوالة من غير رضا المحتال ······ وهـل تصح من غير رضا المحال عليه ······ المذهب أنه تجـوز »[١٣] · أما مالك فقـد اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحـال عليـه[١٤] ·

---

(١١) راجع فى الصورة الثالثة والرابعة المـادة ٨٨٧ من مرشد الحيران ·

(١٢) وقد عرفت المـادة ١١٦٠ من نفس المجلة المحتال بقولها « هو رب الدين المنتقل من ذمة الى أخرى » ·

(١٣) المهذب للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء ، الاول ، ص ٣٤٥ ·

(١٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشـــد الحفيد مشـــار اليه من قبل ، الجـزء الثانى ، ص ٢٥٠ ·

المطلب الثانى

شروط حــوالة الدين فى الفقه الاسلامى

٢٧١ - تقســـيم :

من هــذه الشروط ما يتعلق بصحة الانعقاد ومنها ما تنفـذ به الحــوالة ومنها أيضـا ما يخص الدين المحال به ومنها ما يتصل أخيرا باشتراط مديونية المحيل للمحال له ومديونية المحال عليه للمحيل ويبحث كل ذلك .

٢٧٢ - أولا : فى صحة انعقاد الحــوالة : اشترطت المــادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام العــدلية أن يكون المحيل والمحال عاقلين وان يكون المحال عليه عاقلا بالغــا . وهــو ما نصت عليه أيضا المــادة ٨٨٠ من مرشــد الحيران ، اذ اشترطت لصحة انعقاد الحــوالة أن يكون المحيل والمحتال عاقلين اما المحتال عليه فيجب فيه العقــل والبلوغ .

ومعنى ذلك انه يتعين التفرقة بشأن هــذه الشروط بين المحيل والمحال من من جهة والمحال عليه من جهة أخرى(١٦) .

وعن المحيل والمحال ، يشترط العقل . ومن ثم لا تصح حــوالة المجنون أو الصبى غير العاقــل . وعليه ، لا يشترط البلوغ بالنسبة لهما . اذ يمكن أن يكون المحيل أو المحال عليه صبيا عاقــلا لكن الحــوالة تنعقد موقــوفة على اجازة الولى . اما بالنسبة للمحال عليه ، فيشترط العقــل والبلوغ . فتبطل حــوالة الصبى غير المميز .

٢٧٣ - ثانيا : فى نفــاذ الحــوالة : اشترطت المــادة ٨٨١ من مرشــد الحيران أن يكون المحيل والمحتال بالغين فلا تنفــذ حــوالة الصبى المميز بل تنعقــد موقــوفة على اجازة الولى أو الوصى . هــذا اذا كان الصبى غير المميز محيلا أو محتالا .

---

(١٥) راجع فى شروط الحوالة : على الخفيف المرجع السابق ، ص ٢٢٨ .

عبد الكريم زيدان ، الكفالة والحوالة فى الفقه المقارن ، بغــداد ، ١٩٧٥ ، رقم ٣١٠ ص ٢١٦ وما بعــدها .

(١٦) راجــع . بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع . العلامة الفقية علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى ، مشار اليه من قبل ، الجزء السابع ، ص ٣٤٣٦ - ٣٤٣٧ .

أما اذا كان محتالا عليه فلا تنفذ الحوالة الا اذا أجازها الولى أو الوصى وكان هذا المحتال عليه أملأ من المحيل[17] • وهى نفس الأحكام التى نصت عليها المادة ٦٨٥ من مجلة الأحكام العدلية •

٢٧٤ ـ ثالثا : فيما يجوز حوالته من الديون : فى المحال به ، وهو الدين المنتقل من ذمة الى أخرى[18] ، نصت المادة ٨٨٤ من مرشد الحيران على ان كل دين لا تصح به الكفالة فالحوالة به غير صحيحة • وهو نفس الحكم الذى نصت عليه أيضا المادة ٦٨٧ من مجلة الأحكام العدلية •• ونصت عليه فى صدرها أيضا المادة ٦٨٨ من هذه المجلة حين قالت « كل دين تصح به الكفالة تصح الحوالة به •• » •

وبناء على ما تقدم ، فالمحال به ـ على المعنى المتقدم ذكره ـ يجب أن يكون دينا ، فلا تصح حوالة الأعيان[19] • وفى هذا الصدد تجدر الاشارة الى حكم المادة ١١٧٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد ابن حنبل اذ قالت : « الحوالة لا تكون الا على ذمة فلا تصح الحوالة بمال الوقف ولا عليه »[20] والأمر نفسه بخصوص حوالة الدين لدى المالكية[21] • أما الشافعية فالحوالة عندهم تجوز فيما يجوز بيعه لانها بيع دين بدين[22] • ويشترط فى الدين المحال به أن يكون معلوما لا مجهولا • فلا تصح الحوالة بالدين المجهول • فلو احتال بما سيثبت للمحيل على المحتال عليه فالحوالة باطلة (مادة ٨٨٥ من مرشد الحيران) وهو نفس الحكم الذى نصت عليه فى عجزها المادة ٦٨٨ من مجلة الأحكام العدلية • وهو ما ذكره صاحب المهذب من الشافعية[23] •

---

(١٧) وقد نصت المادة ١١٦٥ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ان الحوالة تصبح بشرط ملاءة المحال عليه حتى اذا ظهر معسرا رجع على المحيل •

(١٨) المادة ١١٥٩ من مجلة الاحكام الشرعية •

(١٩) سليك رستم باز ـ شرح المجلة ، ص ٣٧٥ ـ ٣٧٦ ـ رد المحتار لابن عابدين ، مشار اليه منقبل ، الجزء الخامس ص ٣٤٣ •

(٢٠) قارن المادة ٨٨٨ من مرشد الحيران اذ قالت : « تصح لحالة المستحق فى الوقف غريمه حوالة مقيدة باستحقاقه على ناظر الوقف اذا كانت غلة متحصلة فى يده وقبل الحوالة ولا تصح الحوالة بالاستحقاق اذا لم تكن الغلة متحصلة فى يد الناظر » •

(٢١) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى المالكى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٥٥ •

(٢٢) المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ص ٣٤٤ •

(٢٣) وقال « ولا تجوز (حوالة الدين) الا بمال معلوم لأننا بينا أنه بيع فلا تجوز فى مجهول » راجع ، المهذب للشيرازى ، الموقع السابق •

واكدت ذلك ايضا المادة ١١٦٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل ونصت على أنه « يشترط علم المال المحال به وعليه » وقال صاحب كشاف القناع يشترط أن تكون الحوالة بمال معلوم على مال معلوم مما يصح السلم فيه من المثليات وغيرها[٢٤] .

اضافة الى ما تقدم ، وفى المحال به ، فانه يشترط ان يكون مساويا فى صفته ومقداره للمال المحال عليه . اذ نصت المادة ١١٧٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أنه يشترط اتفاق الدينين جنسا وصفة وحلولا واجلا . وهو ما أكده صاحب كشاف القناع تشبيها بالمقاصة على حد قوله[٢٥] .

وجاء فى كتاب قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المالكى انه يشترط فى الحوالة ضمن ثلاثة شروط لها أن يكون الدين المحال به مساويا للمحال فيه فى الصفة والمقدار[٢٦] .

٢٧٥ - رابعا - المحيل مدين للمحال :

يشترط فى الفقه الاسلامى اضافة الى ما تقدم ، أن يكون المحيل مدينا للمحال ففى المذهب الحنفى نصت المادة ٨٨٣ من مرشد الحيران على أنه يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مدينا للمحتال والا فهى وكالة فى القبض[٢٧] . وعلى مذهب الامام أحمد بن حنبل ، نصت المادة ١١٧٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما يأتى : « احالة الشخص من لا دين له على مدينه وكالة فى الطلب » . وصاحب كشاف القناع كان غاية فى

---

(٢٤) كشاف القناع عن متن الاقتناع للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٣٨٦ .

(٢٥) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ص ٣٨٥ . وفى نفس المعنى عند الحنابلة : غاية المنتهى فى الجمع بين الاقناع والمنتهى للشيخ مرعى بن يوسف الحنبلى ، الجزء الثانى ، الطبعة الثانية ، منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض ، ص ١١١ - وقد عرفت المادة ١١٥٩ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل المحال به بأنه « الدين المنتقل من ذمة الى أخرى . وعرفت المادة ١١٦٢ من هذه المجلة المال المحال عليه بانه « الدين الذى للمحيل على المحال عليه » .

(٢٦) قوانين الأحام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق - وعند الشافعية المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٤٥ .

(٢٧) راجع أيضا حاشية رد المحتار لابن عابدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٢ .

بوضوح وقد عبر عن ذلك بقوله « فان أحال من لا دين عليه شخصا على من له عليه دين فهى وكالة جرت بلفظ الحوالة اذ ليس فيها تحويل حق من ذمة الى ذمة وانما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما فى المعنى(٢٨) »

١٠٠ ـ خامسا – هل يشترط أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل :

اتضح لنا فيما تقدم أن الفقه الاسلامى يشترط فى الحوالة أن يكون المحيل مديونا للمحال والا كان الامر من قبيل الوكالة فى القبض • ولعل التحقيق يؤدى بنا الى نتيجة هامة تترتب على ذلك وهى : انه لا يشترط ان يكون المحال عليه مديونا للمحيل • وفى الحقيقة ، فان هذه النتيجة لا يستجيب لها سوى الاحناف دون غيرهم • اذ نصت المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران على أنه « يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديونا للمحتال والا فهى وكالة ولا يشترط أن يكون المحتال عليه مديونا للمحيل بل اذا رضى بالحوالة صحت والتزم بالدين للمحتال ولو لم يكن المحتال عليه مديونا للمحيل »(٢٩) • والمعنى الواضح لذلك أن حوالة الدين تصح ولا يشترط لذلك أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل • وهو الحكم الذى اكدته ايضا المادة ٦٩١ من مجلة الاحكام العدلية اذ قالت « لا يشترط أن يكون المحتال عليه مديونا للمحيل فتصح حوالته وان لم يكن له على المحال عليه دين » •

أما باقى المذاهب فهى على خلاف ذلك • فعند المالكية يشترط ابن رشد أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل • ولهذا فانه لم يشترط رضاه فى الحوالة(٣٠) • والحنابلة يشترطون أيضا أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل والا كانت وكالة فى الاقتراض • وهذا يفترض بطبيعة الحال – وعلى ما ذكرنا – أن المحيل مدين للمحال • فقد جاء فى كشاف القناع « وان احال من عليه دين على من لا دين عليه فهو وكالة فى اقتراض فلا يصارفه لانه لم يأذن له فى المصارفة • فان قبض المحتال منه الدين أى من المحال عليه الذى لا دين عليه رجع (المحال عليه) على المحيل بما دفع عنه للمحتال لانه قرض حيث لم يتبرع »(٣١) •

---

(٢٨) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٣٨٤ • وللشافعية نفس الرأى فى أن يكون المحيل مدينا للمحال له • المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، الموقع السابق •

(٢٩) والنص مأخوذ عن رد المحتار • راجع حاشية رد المحتار ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٢ •

(٣٠) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثانى ، ص ٢٥٠ ـ ٢٥١ •

(٣١) كشاف القناع عن متن الاقناع، للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص٣٨٥ •

ويتضح لنا من ذلك ان الحنابلة يشترطون فى المحال عليه أن يكون مدينا للمحيل اضافة الى كون المحيل مدينا للمحال كما ذكرنا وهذا الشرط — مديونية المحال عليه للمحيل — يتخذ فى تخلفه صورة من اثنتين عند الحنابلة · الأولى — وقد مرت بنا — وفيها لا يكون المحال عليه مدينا للمحيل على الرغم من مديونية الأخير للمحال ·

أما الثانية فلا يكون فيها المحال عليه مدينا للمحيل ولا يكون الأخير مدينا للمحال · ويؤكد لنا هذا ما جاء فى كشاف القناع « وان أحال من لا دين عليه على من لادين عليه فهى وكالة فى اقتراض أيضا وليس شيء من ذلكحوالة لانتفاء شرطها »(٣٢) ·

والواضح أن الجامع بين الصورتين اعتبار الأمر فيهما من قبيل الوكالة فى الاقتراض نظرا لانعدام مديونية المحال عليه للمحيل ·

أما عند الشافعية ، فان هناك من قال انهم يشترطون أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل(٣٣) · وعلى الرغم من ذلك فقد وجدنا فى المهذب ما ينبىء عن غير ذلك بيقين · وجاء به « ولا تجوز الحوالة الا على من له عليه دين لأننا بينا أن الحوالة بيع ما فى الذمة بما فى الذمة ········ وهل تصح من غير رضا المحال عليه ؟ ينظر فيه فان كان على من لا حق له عليه وقلنا أنه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم تجز الا برضاه »(٣٤) ونستخلص من ذلك أن الحوالة تصح عند الشافعية ولا يشترط أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل ، وكل ما هنالك أن صحة الحوالة تتطلب فى هذه الحال رضا المحال عليه ·

---

(٣٢) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث الموقع السابق — وقد اجملت كل هذه الاحكام المادة ١١٧٩ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل بقولها « احالة من لا دين عليه على مثله وكالة فى الاقتراض وكذلك احالة المدين على من لا دين له عليه فلا تصح مصارفته » ·

(٣٣) راجع ، الشيخ على الخفيف فى مختصره المشار اليه من قبل ، ص ٢٢٨ ·

(٣٤) المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، الموقع السابق ·

المطلب الثالث

آثار حــوالة الدين فى الفقه الاسلامى

٢٧٨ ـ تعداد الآثار :

يترتب على حوالة الدين فى الفقه الاسلامى عدة آثار وتتمثل هذه الآثار ـ اجمالا ـ فى انتقال الدين المحال به من ذمة المحيل الى ذمة المحال وهذا هو الأثر الأول والجوهرى • وكما سنرى ، فانه ولئن كان هــذا الاثر يمثـل بمضمونه رأى الجمهور فى هذا الفقه فان القلة قد ذهبت الى غير ذلك قولا بأن الذى ينتقل بالحوالة هو حق المطالبة بالدين وليس الدين ذاته • وعلى اية حال ، فان الدين اذ ينتقل ـ على رأى الجمهور ـ فانه ينتقل بصفته • وهذا هو الأثر الثانى • اما الأثر الثالث فقد اختلف الرأى بشأنه ـ مثل الاول ـ فى نطاق الفقه الاسلامى ويخص التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين قبل الحوالة • فمن الفقهاء من قال بانقضائها ومنهم من قال ببقائها • اما الأثر الرابع فنبرز من خلاله موقف الفقهاء من الدفوع التى ترد على الدين • وفى نطاق الأثر الخامس نبين مدى حق المحال عليه فى الرجوع على المحيل لنعقب ذلك ومن خلال أثر سادس ببيان امكان رجوع المحال الى المحيل •

٢٧٩ ـ اولا : انتقال الدين او المطالبة :

يترتب على حوالة الدين فى الفقه الاسلامى ـ وعلى خلاف فيه ـ انتقال الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليــه • وعلى ما اتضــح لنــا من كتب الفقه التى اطلعنا عليها فى الموضوع ، فان الخلاف بشأن هذا الأثر ليس خلافا بين المذاهب الأربعة فى هــذا الفقه ، وانما هو خلاف فى نطاق المذهب الحنفى • اذ الأحناف يتفقون مع المذاهب الثلاثة الأخرى فى انتقال الدين على النحو السابق • لكن محمد بن الحسن وزفر من الأحنــاف ذهبــا الى غير ذلك • ونبدأ بالأحناف ثم نشير الى باقى المذاهب •

عند الأحنــاف ، ذهب أبو حنيفة وابو يوسف الى القــول بان الذى ينتقل كأثر لحوالة الدين هو الدين المحال به ذاته ، وينتقل من ذمة المحيل الى ذمة

المحال عليه • وليس من شك فى أن ذلك يفترض بطبيعة الحال انتقال الدين والمطالبة به أيضا[35] كما يفترض براءة ذمة المحيل فى مواجهة المحال •

وعلى خلاف ذلك ، قال محمد بانتقال المطالبة دون الدين ذاته •

بل ان من الأحناف من ذهب الى القول بأن ذمة المحيل لا تبرأ بالحوالة ، لا من الدين ولا المطالبة • ومفاد ذلك عدم انتقالهما وهذا هو رأى زفر • ولنا من نصوص الفقه الحنفى ما يوضح ما ذكرنا • فقد جاء فى شرح فتح القدير[36] ما يلى « قوله واذا تمت الحوالة بالقبول برىء المحيل من الدين هذا قول طائفة من المشـايخ وهو الصحيح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرأ من المطالبة أيضا » وجاء فى البدائع[37] أيضا « ولنا أن الحـوالة مشتقة من التحـويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها ••• واختلف مشـايخنا المتأخرون فى كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة ، قال بعضهم أنها نقل المطالبة والدين جميعا • وقال بعضهم أنها نقل المطالبة فحسب • فأما أصل الدين فباق فى ذمة المحيل » •

وفى حاشية رد المحتار لابن عابدين[38] ورد أن المراد « نقل الدين مع المطالبة ، وقيل : نقل المطالبة فقط ونسب الزيلعى الأول الى أبى يوسف والثانى الى محمد » •

ويتضح لنـا من كل ما تقـدم ، أن الرأى فى المذهب الحنفى – بغض النظر عن الخـــلاف فيــه – يتمثل فى أنه يترتب على حـوالة الدين انتقــال الدين ذاته ، وكذا المطالبة به من ذمة المحيل وهــو المدين الأصلى الى ذمة المحال عليــه وهــو المــدين الجــديد • ومن ثم تبرأ ذمة المحيل فى مواجهة المحال وهو الدائن •

---

(35) ويمكن أن نرى هذا الاثر من خلال تعريف الاحناف لحوالة الدين فى المـادتين 673 من مجلة الاحكام العدلية ، 876 من مرشد الحيران وقد عرضنا لهما من قبل •

(36) شرح فتح القدير للعاجز الفقير الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن عبد الحميد بن مسعود السيواسى ثم الســـكندرى المعروف بابن الهمـام • دار احياء التراث العربى ، بيروت ، الجزء السادس ، ص 347 •

(37) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ، مشـــار اليه من قبل ، الجـزء السابع ص 3439 – 3440 •

(38) حاشية رد المحتار لابن عابدين ويليه التكملة لنجل المؤلف ، مشار اليه من قبـل ، الجزء الخامس ، ص 340 •

ويلاحظ أن النقـل – أى نقـل الدين من ذمة الى اخرى – انما هـو نقـل حكمى لا حسى • جاء فى فتح القدير « والنقل فى الدين لا فى العين لأن هذا نقل شرعى والدين وصف شرعى •••••• اما العين فحسى فلا ينتقل بالنقـــل الشرعى بل يحتاج الى النقل الحسى »[39] •

ومفهومنا لذلك أنه عندما نتكلم عن انتقال الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه كأثر لحـوالة الدين ، فان المقصود نقـل الدين او انتقاله حكميا او اعتباريا وليس نقلا حسيا • فهو نقل حكمى يخرج عنه الكفالة لأنهما ضم ذمة الى أخرى •

وليس نقلا حسيا ، يخرج عنه العين •

ويشارك الأحناف فى الأثر المتقدم لحوالة الدين : المالكية[40] والحنابلة[41] والشـــافعية[42] •

٢٨٠ – ثانيا – انتقال الدين بصفته :

يتحول الدين ، فى نطـاق اثر ثان للحوالة ، على المحال عليه بصفته التى على المحيل • وعند الحنفية ، نصت على هذا الحكم المـادة ٨٩٦ من مرشد الحيران واضافت : « فاذا كان الدين على المحيل حالا تكون الحوالة به على المحتال عليه حالة ويدفـع المحتال عليه الدين المحال به معجلا • واذا كان الدين على المحيل مؤجلا تكون الحوالة به على المحتال عليه مؤجلة ولا يلزم الدفع

---

(٣٩) شرح فتح القدير لابن الهمام ، مشار اليه من قبل ، الجزء السادس ، ص ٣٤٦ •

(٤٠) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٥٥ •

(٤١) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٣٨٢ – ٣٨٣ – غاية المنتهى للشـــيخ مرعى بن يوسف ، مشار اليه من قبل ، الجـــزء الثانى ، ص ١١١ •

(٤٢) المهذب للشيرازى ، مشار اليه من قبل « الجزء الاول ، ص ٣٤٤ – ٣٤٥ •

الا عند حلول الأجـل » · ويترتب نفس الأثر عند المـالكية(٤٣) والحنابلة(٤٤) والشـــافعية(٤٥) ·

٢٨١ ـ ثالثا ـ انتقـال التأمينات :

وعن التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين المحال به فانها تبقى ضامنة للدين بعد تحوله عند محمد ، خلافا لأبى حنيفة وأبى يوسف اللذين يريان انها تنقضى ولا تنتقل بالحوالة · ويتفق معهما فى ذلك رأى الشافعية · ونعرض فيما يلى للرأى الأخير أولا ثم نعرض لخلاف الحنفية ·

بالنسبة للشافعية ، فالرأى عندهم انقضاء ما كان يضمن الدين من تأمينات بالحوالة · ولنا من نصوص تحفة المحتاج بشرح المنهاج ما يوضح ذلك(٤٦) · وجاء به « وفى المطلب ان اطلق الحوالة ولم يتعرض لتعلق حقـــه بالرهن فينبغى أن تصـح وجها واحدا وينفك الرهن كما اذا كان به ضامن فأحال عليه به من له دين لا ضامن به صحت الحـوالة وبرىء الضـامن لأنهـا معاوضة واستيفاء وكل منهما يقتضى براءة الأصيل فكذا يقتضى فك الرهن فان شرط بقاء الرهن فهو شرط فاسد تفسد به الحوالة » · ونستخلص من ذلك انه لو كان هناك تأمين يضمن الدين المحال به مثل الرهن فان هذا التأمين ـ والأصل وجوده قبل التحويل ـ ينقضى بالحوالة ، وحتى لو اشترط بقـــاؤه فان هذا الشرط يقـع فاسـدا ، وتفسـد به الحوالة · وعلى ذلك فالمحتـــال (المحال) لا يستفيد فى كل الأحوال بما كان يضمن الدين المحال به من تأمينات ·

ونفس الحكم فى انقضاء التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين المحال به بالحوالة نراه عند الأحناف الا محمدا ·

---

(٤٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، مشار اليه من قبل ، الجـــزء الثانى ، ص ٢٥١ · مع ملاحظة ما اشترطه المـالكية فى الدين المحال به من أن يكون حالا · راجع قـوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبـل ، الموقـع السابق ·

(٤٤) كشاف القناع عن متن الاقناع ، للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٣٨٥ ـ غاية المنتهى ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق ·

(٤٥) المهـذب ، للشيرازى ، مشار اليــه من قبـل ، الجزء الأول ، ص ٣٤٥ ·

(٤٦) تحفة المحتاج بشرح المنهاج للامام العالم العلامة الفهامة خاتمة المحققين شهاب الدين احمد بن حجر الهيتمى الشـــافعى · بهامش حواشى العلامتين للشـــيخ عبد الحميد الشروانى والشيخ احمد بن قاسم العبادى ، بيروت ، الجزء الخامس ، ص ٢٣٢ ·

اذ يرى أبو حنيفة وأبو يوسف انقضاء هذه التأمينات مثل الشافعية ٠

وفى حاشية رد المحتار لابن عابدين ما يوضح ذلك ٠ ومما جاء به فى هذا الخصوص « وفى الحامدية عن فتاوى قارىء الهداية اذا أحال الطالب انسانا على مديونه وبالدين كفيل برىء المديون من دين المحيل وبرىء كفيله ويطالب المحتال الأصيل لا الكفيل لأنه لم يضمن له شيئا لكنها براءة موقوفة : وكذا اذا أحال المرتهن بدينه على الراهن بطل حقه فى حبس الرهن ولا يكون رهنا عند المحتال »(٤٧) ٠

ويتضح لنا من هذا النص الفقهى أنه يترتب على حوالة الدين انقضاء التأمينات التى كانت تضمن الدين المحال به قبل الحوالة فلو كان هذا التأمين رهنا وأحال المرتهن دينه المضمون به لدى الراهن ، انتقل هذا الدين ــ وكأثر للحوالة ــ مجردا من ذلك الرهن دون أن يستفيد منه المحتال ٠ وهذا على رأى أبى حنيفة وأبى يوسف ٠ ويختلف عنهما فى الحكم محمد صاحب أبى حنيفة ٠ اذ يرى بقاء التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين على الرغم من حوالته ٠ جاء فى شرح فتح القدير « وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين أبى يوسف ومحمد ٠ فعند ابى يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين ، قال وفائدة هذا الخلاف تظهر فى مسألتين احداهما أن الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو ابرأه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن »(٤٨)

واذا كان لنا ما يقوله استخلاصا من هذا النص ، فان الخلاف بين الأحناف بشأن التأمينات التى تضمن الدين المحال به انما يرجع الى اختلافهم بشأن الاثر الأول للحوالة ٠ فأبو حنيفة وأبو يوسف من رأيهما أن حوالة الدين يترتب عليها انتقال الدين من ذمة المحيل الى المحال عليه ، مما يفيد ــ بطبيعة الحال ــ براءة ذمة هذا المحيل من الدين ومن ثم المطالبة به ولازم ذلك انقضاء التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين ٠ أما محمد فيرى أن الانتقال يرد على المطالبة دون الدين على ما ذكرنا مما يعنى براءة ذمة المحيل ومن المطالبة فقط ٠ وما دام الدين باقيا فى ذمة المحيل على هذا النحو ، يبقى معه كذلك ما كان يضمن الوفاء به من تأمينات على الرغم من الحوالة ٠

---

(٤٧) حاشية رد المحتار لابن عابدين ويليه التكملة لنجل المؤلف ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٠ ٠

وقد اخذت مجلة الاحكام العدلية بهذا الحكم بخصوص انقضاء التأمينات فى المادة ٦٩٠ ٠

(٤٨) شرح القدير لابن الهمام ، مشار اليه من قبل ، الجزء السادس ، ص ٣٤٨ ٠

٢٨٢ – رابعـا : الدفوع :

يستطيع المحال عليه أن يتمسك فى مواجهة المحال بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ، اى تلك الدفوع التى تتعلق بالدين ، كما لو كان باطلا ، كذلك فان المحال عليــه يمكنه ايضا أن يتمسك فى مواجهة المحال بالدفــوع المستمدة من علاقته به مثل الدفـع بالمقاصــة ،

ولكن لا يجــوز للمحال عليه التمسك ضــد هــذا المحال بالدفــوع المستمدة من علاقــة الآخر بالمحيــل ،

هــذه الأحكام هى النتيجة المنطقية فى نظر العـلامة السنهورى لرأى الأحناف ــ عــدا محمــد ــ بخصوص انقضاء التأمينات[٤٩] ،

وفى هــذا المجال ، ذهب البعض ، واستخلاصا من نصوص مجلة الأحكام العــدلية ، الى أن أسباب الدفــع المتعلقة بالدين انمــا تنتقــل من المدين الى من التزم بالدين ، الا أن وســائل الدفــع الخاصــة بشخص المدين الســابق لا يحق للمــدين الجــديد أن يتمسك بهــا وان كان يحــق لــــه أن يتمسك بأسباب الدفــع المختصة بشخصه[٥٠] ،

٢٨٣ ــ خامسا : رجــوع المحال عليه على المحيل :

اذا قام المحال بمطالبة المحال عليه الذى وفى بالدين كان للاخير حــق الرجــوع بمــا دفــع ، ويختلف الامر حسب نوعين للحــوالة فى المذهـــــب الحنـــفى[٥١] ،

---

(٤٩) السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثالث ، ص ٤٢٥ ــ ٤٢٦ ، ص ٤٣٠ ،

(٥٠) صبحى محمصانى ، المرجع السابق ، ص ٦٠٩ ،

(٥١) عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٢٢٦ ، رقم ٣٢٦ ــ ٣٢٨ على الخفيف المرجــع السابق ، الموقــع السابق ــ وقــد أخــذ التقنين المدنى الكويتى الجــديد باحكام الحــوالة المقيدة كما أوجزنا عن الفقه الاســـلامى فى المواد ٣٨٥ ــ ٣٨٧ وأخــذ بأحكام الحوالة المطلقة فى المــادتين ٣٨٨ ، ٣٨٩ ،

النوع الاول : ويسمى الحـوالة المطلقة • وفيها يحيل المدين بدينه غريمه على آخر بحيث لا يكون هـذا المحال عليه مدينا للمحيل او يكون ولكن لم تتقيد الحـوالة بهـذا الدين • أى لم يخصص المحيل دينه لدى المحال عليـه للوفاء بحق المحال (مادة ٨٧٨ من مرشـد الحيران) ، وهـذه هى حـوالة الدين بالمعنى الدقيق لذلك • فاذا كانت الحـوالة مطلقة ودفـع المحال عليـه الدين للدائن سقط ما عليه للمحيل قصاصا بقـدر ما ادى اذا كان مدينا للمحيل •

أما اذا لم يكن مدينا للمحيل وأدى عنه الدين بأمره رجـع عليه بمثله ، فان ادى بلا أمره فهو متطوع لا رجـوع له عليه بمـا أدى (مادة ٨٩٢ من مرشـد الحيران) •

والنوع الثانى : ويسمى الحـوالة المقيدة • وفيها يحيل المدين بدينـه غريمه على المحال عليه حـوالة مقيدة بأدائه من الدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه أو من العين المتروكة عنده أمانة أو مغصوبة • فاذا كانت الحـوالة من هـذا النوع فان الحـق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليـه سواء كان دينا أو عينا مانة أو مغصوبة يخصص للوفاء بالدين المحال به • فـلا ينتقـل هـذا الحـق للدائن • ونتيجة ذلك أن المحيل ليس له أن يطالب المحال عليه وليس للأخير أن يدفـع ما فى ذمته ـ سواء أكان دينـا أم كان عينا أمانة أو مغصوبة ـ للمحيل • وان أداه له ضمنها للمحال ويستطيع الرجـوع بها على المحيـل (مادة ٨٩٣ من مرشـد الحيران) • هـذا بخـلاف الحـوالة المطلقة حيث لا تنقطـع فيها مطالبة المحيل للمحال عليه لو كان الاخير مدينا له وهــذا متصور فى الحـوالة المطلقة على ما ذكرنا • كل ما هنالك أن الحـوالة لم تتقيد بهـذا الدين ومن هنا كان اطلاقها • فالمحيل يستطيع أن يطالب المحال عليـه وبعـد الحـوالة بماله ، سواء أكان دينا أم عينا أمانة أو عينا مغصوبة ٠٠٠٠ (مادة ٨٩٢ من مرشـد الحيران) • ومعنى ذلك أن فى الحـوالة المقيدة تنقطع مطالبة المحيل للمحال عليه على نحـو ما ذكرنا •

٢٨٤ ـ سادسا : مدى رجـوع المحال على المحيل :

اذا لم يتمكن المحال من الحصول على المحال به من المحال عليه كان لـه الرجـوع على المحيل عند جانب من الفقـه الاسلامى دون آخر ، فيجوز ذلك عند ألاحناف • ولنا ممـا جاء فى البدائع ما يؤكد ذلك ويوضحه • فبخصوص ما يخرج به المحال عليه من الحـوالة ورد « أنه يخرج من الحـوالة بانتهـاء حكم الحـوالة وحكم الحـوالة ينتهى بأشياء منها فسخ الحـوالة ، لأن فيهـا معنى معاوضـــة المـال بالمـال فكانت محتمـــلة للفسخ ومتى فسخ تعــود

المطالبة للمحيل • ومنها التوى عند علمائنا ••••••• ثم التوى عند أبى حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما • احدهما أن يموت المحال عليه مفلسا والثانى أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال ، وقد قال ابو يوسف ومحمد بهما وبثالث وهو ان يفلس المحال عليه حال حياته ويقضى القاضى بافلاسه بناء على ان القاضى يقضى بالافلاس حال حياته عندهما ، وعنده لا يقضى به •••••• »[1] •

ونستخلص مما تقدم انه وان كانت حوالة الدين فى المذهب الحنفى من شأنها براءة ذمة المحيل الا أنه يجوز مع ذلك للمحال أن يرجع على المحيل خاصة اذا توى حقه أى هلك •

وعند المالكية ، يجوز للمحال ايضا أن يرجع على المحيل اذا اغره هذا واحاله بدون علمه على من كان عديما مفلسا قبل الحوالة او على من كان حقه باطلا • فقد ورد فى قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى « فاذا وقعت الاحاله برئت ذمة المحيل من الدين الذى كان عليه للمحال وانتقل الى طلب المحال عليه • ولا رجوع للمحال على المحيل أن أفلس المحال عليه او أنكر الا أن يكون المحيل قد غر المحال لكونه يعلم فلس المحال عليه أو بطلان حقه قبله ولم يعلم المحال بذلك »[52] •

أما الحنابلة ، فلا يجوز عندهم رجوع المحال على المحيل •

فقد نصت المادة ١١٨١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أنه « متى صحت الحوالة برئت ذمة المحيل من المحال به وليس للمحتال الرجوع عليه » ومفهوم ذلك أن براءة المحيل

---

(٥٢) بدائع الصنايع فى ترتيب الشرائع للعلامة الفقية علاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى ، مشار اليه من قبل ، الجزء السابع ، ص ٣٤٤١ ـ ٣٤٤٢ •

واستند الحنفية الى ما روى عن سيدنا عثمان رضى الله عنه انه قال فى المحال عليه اذا مات مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقال : لا توى على مال امرىء مسلم وعند شريح مثل ذلك ذكره محمد فى الاصل ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافه فكان اجماعا ولان الدين كان ثابتا فى ذمة المحيل قبل الحوالة •

(٥٢) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٥٥ •

هى مطلقة بحسب الأصل ٠ وعلى الرغم من ذلك نصت المادة ١١٨٢ من هذه المجلة على أنه « اذا رضى المحتال بالحوالة من ظنه مليئا او جهل حاله من غير اشتراط ملاءته برئت ذمة المحيل وليس للمحتال الرجوع عليه أما اذا لم يصدر منه الرضى كان له الرجوع على المحيل » ٠

ونستخلص من انه يمكن للمحتال أن يرجع على المحيل اذا ثبت أن المحال عليه معسر ولم يكن المحتال (الذى يجهل حالة المحال عليه ولم يشترط ملاءته) قد رضى بالحوالة ٠ ولا يفوتنا الا اذا لم يكن المحال عليه مليئا (م ١١٧٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد ابن حنبل)٠

وعند الشافعية ، لا يجوز أيضا أن يرجع المحال على المحيل ، لأن الحوالة « اما أن تكون تحويل حق أو بيع حق وأيهما كان وجب ان تبرأ به ذمة المحيل ٠٠٠٠ وان احاله على ملىء فأفلس أو جحد الحق وحلف عليه لم يرجع الى المحيل لأنه انتقل حقه الى مال يملك بيعه فسقط حقه من الرجوع »(٥٣) ٠

(٥٣) المهذب للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٤٥ ٠

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

٢٨٥ ـ تمهيد وتقسيم :

ذكرنا فى تقديم هذه الدراسة اننا سوف نتصدى فيها للالتزام على مرحلتين • الأولى ونواجه فيها الالتزام فى حياته •• وفى الثانية نواجه الالتزام فى مماته •

وعن الالتزام فى حياته ، فقد عرضنا لآثاره ، وما يمكن أن يلحقه من أوصاف ، وكيفية انتقاله • أما عن الالتزام فى مماته ، فاننا نتناول بالدراسة أسباب انقضاء هذا الالتزام •

ومن هذه الأسباب نقول : ان الأثر الجوهرى للالتزام هو تنفيذه • والأصل فى هذا التنفيذ ان يكون اختياريا ويتم بالوفاء بهذا الالتزام • والوفاء على هذا النحو بقدر ما هو أثر للالتزام ، فانه الطريق الطبيعى لانقضائه • وفضلا عن ذلك ، فان الالتزام يمكن أن ينقضى أيضا بعدة طرق أخرى غير الوفاء به ، وهذه الطرق منها ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء ، ومنها مالا يوفر ذلك للدائن ، وعن الاولى فهى الوفاء بمقابل والتجديد والانابة والمقاصد واتحاد الذمة ، وعن الثانية فهى الابراء واستحالة التنفيذ ومنع سماع الدعوى بمرور الزمن (التقادم) •

٢٨٦ ـ خطة البحث :

ونبحث انقضاء الالتزام بالوفاء ثم بما يعادله وبما لا يعادله • كل ذلك فى فصول ثلاثة على التوالى :

الفصل الأول : الوفاء •

الفصل الثانى : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء •

الفصل الثالث : انقضاء الالتزام دون وفاء •

---

(٥٤) راجع فى تقسيم أسباب انقضاء الالتزام :

السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٣٥٣ ، ص ٦٣١ وما بعدها •

ويلاحظ اننا اخذنا فى تقسيم أسباب انقضاء الالتزام بالتقسيم الذى انتهجه المشرع المدنى الكويتى •

الفصل الأول

الوفـــاء

LE PAIEMENT

٢٨٧ ـ تقسيم :

يقصد بالوفاء بالالتزام بتنفيذه اختيارا (١) · واذا كان الاصل عدم معارضة الدائن لذلك ، فقد يحدث الاعتراض الذى يتصور معه اجبار هذا الدائن على قبول الوفاء الذى يتم بارادة الموفى · ونبحث الوفاء فى النقاط التالية :

- ـ أطراف الوفاء ·
- ـ موضوع الوفاء ·
- ـ الوفاء بارادة الموفى وحده ·
- ـ ظروف الوفاء ·
- ـ آثار الوفاء ·
- ـ الوفاء فى الفقه الاسلامى ·

ونخصص لكل منها مبحثا مستقلا ·

MARTY et RAYNAUD : op. cti., n. 552, p. 600, n. 553, p. 600-601.

(١) راجع فى التكييف القانونى للوفاء :

السنهورى ، المرجع السابق رقم ٣٥٧ ، ص ٦٣٥ وما بعدها ·

وراجع فى موضوع الوفاء بصفة عامة :

GAUDIN DE LA GRANGE (E.) et RADOUANT (J.) : "PAIEMENT" ré pertoire de droit civil 2 éd Mise a Jour, 1979, T.V.

المبحث الأول

أطراف الوفــاء

LES PARTIES AU PAIEMENT

اولا – الموفى

٢٨٨ – قاعـدة واســتثناء :

الأصــل أن يقــوم المدين بنفسه بالوفاء بالتزامه • واستثناء على ذلك يمكن أن يقــوم بالوفاء شخص آخر غير المــدين • فقــد نصت المــادة ١/٣٩١ مدنى كويتى على أن وفاء الدين يكون من المدين كما يصح ممن له حــق الحلول القانونى محــل الدائن وفقــا للمــادة ٣٩٤[1] •

وتبعا لذلك ، فان الوفاء كما يكون من المدين نفسه يكون أيضا ممن ينوب عنه مثل الوكيل • كما يمكن أن يقــوم بالوفاء من حــددتهم المــادة ٣٩٤ وهم أشخاص لهم حــق الحلول القانونى بموجب هــذا النص • كما لو كان الموفى ملزما بالدين مــع المدين أو كان دائنا ووفى دائنا آخر مقــدما عليه بمــا له من تامين عينى • وســوف نعرض لهــذه الحالات تفصيلا فيما بعــد بمناسـبة آثار الوفاء • وفى حالات الوفاء المتقــدمة ، من المدين أو غيره ، ليس للدائن – بحسب الأصــل الاعتراض على الوفاء • ويجــوز له هــذا الاعتراض استثناء على الأصــل السابق فى الحالات التالية :

١ – اذا كان هناك اتفــاق يقضى بوجــوب قيــام المدين بنفسه بالوفاء • (م• ٣/٣٩١ مدنى كويتى) •

٢ – اذا كانت طبيعة الالتزام تستوجب أن يتولى المدين بنفسه أمر تنفيذه والوفاء به • كما لو كان من الاعمال التى تستوجب التدخل الشخصى لهــذا المــدين كما ذكرنا عند دراسة الغرامة التهــديدية • (م• ٣/٣٩١ مدنى كويتى) •

---

(١) راجع حــكم المــادة ٣٢٣ مدنى مصرى •

٣ ـ يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين اذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض (م٠ ٢/٣٩١ مدنى كويتى) ٠

ومعنى ذلك انه ليس للغير أن يجبر الدائن على قبول الوفاء منه ، الا أن الدائن يمكنه قبول هذا الوفاء رغم اعتراض المدين ٠

٢٨٩ ـ شروط الموفى :

استوجبت المادة ١/٣٩٢ مدنى كويتى (١/٣٢٥ مدنى مصرى) أن يكون مالكا للشىء الذى وفى به وأن يكون أهلا للتصرف فيه ٠ فيشترط أولا أن يكونّ الموفى به مملوكا للموفى ٠ فاذا لم يكن للموفى له أن يطالب بطلان الوفاء وأن يرد الشىء ويكون له أن يطالب المدين بالوفاء بشىء مملوك له ٠ ويشترط ثانيا توافر الاهلية لدى الموفى ٠ ويختلف الأمر بحسب ما اذا كان الموفى هو المدين او غيره ٠ فاذا كان هو المدين ، تعين أن تتوافر فى جانبه اهلية التصرف والا كان وفاؤه قابلا للابطال ٠ومع ذلك فالوفاء من ناقص الاهلية بشىء مستحق عليه يكون صحيحا ، اذا لم يلحق الوفاء ضررا به (م٠ ٢/٣٩٢ مدنى كويتى ـ م٠ ٣٢٥ مدنى مصرى) ٠ وتفسير ذلك ، أن المدين وقد وفى بالالتزام وهو ناقص الأهلية ، فانه يكون قد قام بتصرف يمكن اجباره عليه اذا لم يقم به اختيارا ٠ ومن ثم فانه اذا طلب ابطال الوفاء لنقص أهليته فان ذلك يتعلق بوفاء اختيارى قام به ويمكن للدائن أن يجبره على التنفيذ والوفاء ٠ وعليه فالمدين الموفى ناقص الاهلية ليس له مصلحة فى طلب ابطال الوفاء ، واذا طلبه لا يحكم له به لانعدام المصلحة والمصلحة مناط الدعوى[٢] ٠ ويظل الوفاء صحيحا وينقضى به الالتزام ٠ كل ذلك الا اذا ترتب على وفاء المدين وهو ناقص الأهلية ضرر ٠ كما لو وفى قبل حلول الاجل ٠ اذ فى هذه الحالة تكون له مصلحة فى طلب ابطال الوفاء لنقص أهليته ٠

أما اذا كان الموفى غير المدين ، وجب توافر أهلية التصرف لديه اذا لم يقصد التبرع للمدين ، الا اذا قصد من الوفاء التبرع لهذا المدين تعين ان تتوافر أهلية التبرع ٠

٢٩٠ ـ رجوع الموفى اذا كان شخصا آخر غير المدين :

وبالوفاء ينقضى الالتزام ٠ لكن اذا كان الموفى غير المدين كان له الرجوع

---

(٢) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٧٨ ، ص ١٥٦ راجع فى المعنى ايضا المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ص ١٩٦ ٠

على المدين بقدر ما دفع ونصت على ذلك المادة ١/٣٩٣ مدنى كويتى (م٠ ١/٣٢٤ مدنى مصرى) ٠ وفى الواقع فان هذا الرجوع يفترض ان ذلك الموفى ليس متبرعا ٠

ويلاحظ انه يجوز للمدين الذى حصل الوفاء دون علمه أو رغم ارادته ان يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلا أو بعضا اذا اثبت ان له مصلحة فى الاعتراض على الوفاء ٠ ونصت على هذا الحكم المادة ٢/٣٩٣ (م٠ ٢/٣٢٤ مدنى مصرى) ٠ وتظهر مصلحة المدين فى الاعتراض جلية اذا كان قد سبق له أن وفى للدائن أو كان يريد التمسك بالمقاصة القانونية فى مواجهته ٠ ويكون الرجوع فى جميع الاحوال بدعوى الفضالة أو الاثراء ٠

ثانيا – الموفى لـه

٢٩١ – الأصـل ان يكون الوفاء للدائن أو نائبه :

تقرر المادة ١/٣٩٩ من القانون المدنى الكويتى القاعدة فى هذا الشأن بقولها « يكون الوفاء للدائن » ٠ والقاعدة تضمنتها ايضا المادة ١/٣٣٢ مدنى مصرى اذ قالت « يكون الوفاء للدائن أو نائبه ٠٠٠ »[٢] ويلاحظ أن المشرع لم يستطرد الى شروط أهلية الموفى له اغتناء بما جاءت به القواعد العامة بشأن تصرفات ناقص الاهلية ٠ وعلى كل حال ، فانه من المتعين ان تتوافر لدى الدائن أهلية استيفاء الدين والا كان استيفاؤه قابلا للابطال ٠ هذا اذا كان الوفاء للدائن ٠ أما اذا كان الوفاء لنائبه ، كان من المتعين ان يكون الاستيفاء ضمن حدود النيابة ٠

وقد تناول المشرع فى المادة ٢/٣٩٩ مدنى كويتى (م٠ ٣٣٢ مدنى مصرى) فرضا قضى فيه بصحة الوفاء الى من قدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ما لم يكن هناك اتفاق على الوفاء للدائن بشخصه أو لنائبه ٠ وقد تغيا المشرع بذلك ان يجعل من المخالصة قرينه على أن من قدمها له صفة فى استيفاء الدين ، على أن تنتفى هذه القرينة بوجود اتفاق مسبق على أن يكون الوفاء للدائن بنفسه أو لمن ينوب عنه ٠ اذ يتعين عندئذ على المدين ان يرفض الوفاء حتى يستوثق من صفة من بيده المخالصة ٠

---

(٢) راجع فى القانون المدنى الفرنسى ٠

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 558, p. 603.

٢٩١ ـ براءة ذمة الموفى استثناء بالوفاء لغير الدائن او نائبه :

ذكرنا ان القاعـدة أن يكون الوفاء للدائن أو نـائبه ومقتضى هـذه القاعـدة ان الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون مبرئا للذمة · واستثناء على ذلك نص القانون المـدنى على حالات ثلاثة تبرأ فيها ذمة المـدين على الرغم من أن الوفاء قـد حصـل لغير الدائن ونائبه · وقـد ضمن المشرع المدنى الكويتى هــذه الحالات نص المـادة ٤٠٠ (م· ٣٣٣ مدنى مصرى) وهى على النحو التالى :

١ ـ تبرأ ذمة المـدين اذا وفى لغير الدائن ونائبه اذا أقر الدائن هـذا الوفـــاء ·

٢ ـ تبرأ ذمة المدين بالوفاء الحاصل لغير الدائن ونائبه اذا عادت على الدائن منفعـة من هـذا الوفاء · وتبرأ ذمة المـدين بقـدر هـذه المنفعة · مثال ذلك أن يوفى المـدين لشخص كان دائنا للدائن باعتبار ذلك استيفاء لحـق هـذا الشخص قبل دائن هـذا المـدين · وهـذا يفترض بطبيعة الحال أن هـذا الشخص له حـق التقـدم على ســائر دائنى هـذا الدائن ·

٣ ـ اذا تم الوفاء بحسن نيـة لشخص ظاهر بمظهر الدائن · وقـد نصت على هـذا الحكم أيضا المـادة ١٢٤٠ من القانون المـدنى الفرنسى · ويشترط الفقــه الفرنسى أن يكون الموفى حسن النيه حتى تبرأ ذمته(٤) ·

---

(٤) راجـع
MARTY etRAYNAUD : op. cit., n. 558, p. 504.

وراجع ايضا الحالة الاولى والثانية فى المـادة ١٢٣٩ مدنى فرنسى ·
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 559.

المبحث الثانى

موضـوع الوفـاء

٢٩٢ ـ يتعلق البحث هنا بالاجابة عن تساؤل : بم يلتزم المـدين فى وفائه ؟ تتحـد الاجابة عن هـذا التساؤل وفقـا لقاعـدتين هما الأساس :

الاولى : وتقضى بوجوب وفاء المدين بالشىء المستحق والثانية وتخص عـدم جـواز تجزئة الوفاء ·

٢٩٣ ـ قاعـدة وجـوب الوفاء بالشىء المستحق[1] :

ضمن المشرع المـدنى هـذه القاعـدة المـادة ٤٠٥ مدنى كويتى ونصـها كالآتى « يكون الوفاء بالشىء المستحق فليس للمـدين أن يفى بغيره بدلا عنه ، بدون رضـاء الدائن » ومعنى ذلك أن الشىء المستحق أصـلا هو الذى به يكون الوفاء · اذ لا يجبر الدائن على قبول الوفاء بشىء آخر بدلا عنه · وهـو ما نصت عليه أيضا المـادة ٣٤١ مدنى مصرى · وتبعا لذلك ، فاذا كان التزام المـدين هو التزام بالقيام بعمل مثلا ، تعين عليه أن يقوم بالعمل ذاته دون غيره ، وكذا الأمر اذا كان التزامه بامتناع عن عمـل · اذ يكون قـد وفى بالالتزام بالامتناع عن اتيـان العمل محـل الالتزام بالامتناع · وتطبيقا لذلك أيضا ـ على سبيل المثال ـ فانه اذا كان المـدين ملتزما بأداء مبلغ نقـدى لن يتحقق الوفاء الا اذا ادى هـذا المـدين المبلغ كما هـو محـدد فى مصـدر التزامه به · وغير خاف أن قاعـدة وجـوب الوفاء بالشىء المستحق لا تتعلق بالنظام العام اذ يمكن الخروج عليها بالاتفـاق · وفى هـذه الحالة ـ حيث يقبل الدائن البديل ـ نكون بصـدد وفـاء بمقـابل ·

٢٩٤ ـ قاعـدة عـدم جـواز تجزئة الوفاء :

ذكرنا أن الأصـل هـو وجـوب وفاء المـدين بالشىء المستحق عليـه دون غيره · والمـدين اذ يجب عليه ذلك ، فانه يتعين عليه الوفاء بكل الشىء

---

(١) راجـع :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 561, p. 604-605.

GAUDIN DE LA GRANGE et RADOUANT : op. cit., n. 91.

المستحق • اذ لا يجوز له أن يجبر ا دائن على قبول الوفاء بجزء من هذا المستحق • فالوفاء على هذا النحو يخضع لقاعدة عدم التجزئة • وقد نصت المادة ١/٤٠٦ مدنى كويتى « على انه لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه •••• » (م• ١/٣٤٢ مدنى مصرى) • وقد خرج المشرع على هذه القاعدة(٢) • بان اجاز للدائن والمدين الاتفاق مقدما على تجزئة الوفاء (م• ١/٤٠٦ مدنى كويتى – ١/٣٤٢ مدنى مصرى) • اضافة الى ذلك ، فقد أضاف المشرع فى المادة ٢/٤٠٦ مدنى كويتى (٢/٣٤٢ مدنى مصرى) م• يمكن أن نتصوره أجازة للدائن بالنزول عن حقه فى التمسك بقاعدة عدم تجزئة الوفاء • فقد نصت المادة المذكورة على أنه اذا كان الدين متنازعاً فى جزء منه وقبل الدائن ان يستوفى الجزء المعترف به فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء • ومعنى ذلك انه ليس للمدين ان يتمسك بقاعدة عدم تجزئة الوفاء وصولا منه الى رفض الوفاء – ولو بالجزء المعترف به – مستندا فى ذلك مثلا على أن النزاع لم يحسم بعد ويجب التريث • وفى هذا الصدد فانه والدائن قد نزل عن حقه فى التمسك بعدم التجزئة بقبوله الوفاء بالجزء المعترف به ، فاننا ننبه أولا الى أن الوفاء الجزئى يتم هنا بعيداً عن الاتفاق • وثانيا أن الأمر ليس من قبيل الاستثناء على قاعدة عدم تجزئة الوفاء • لأن الاستثناء عليها يفترض – فى نظرنا – أن الظروف متاحة للوفاء بكل المستحق وأهم عنصر فى هذه الظروف خلو الدين من النزاع • أما أن يكون الدين متنازعا فى جزء منه فانه لا يأخذ وصف الدين الا ما هو معترف به • وبناء على هذا يمكننا القول أيضا أن الوفاء هنا ليس جزئيا بل هو وفاء بكل ما هو ثابت فى ذمة المدين وهو الجزء المعترف به • سيما اذا

---

(٢) وقد يكون الخروج على قاعدة عدم تجزئة الوفاء بنص قانونى أيضا الى جانب الاتفاق وذلك كما جاء فى عجز الفقرة الاولى من المادة ١/٤٠٦

راجع أمثلة على الخروج بالنص : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٢ ، ص ١٦٣ •

راجع أيضا فى الاستثناءات القانونية على عدم تجزئة الوفاء :

السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٤٥١ ، ص ٧٦١ – ٧٦٢

ونذكر منها المقاصة • وهى اذ تؤدى الى انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما ، فان الوفاء بالجزء الباقى من الدين الأكبر يعد وفاء جزئيا •

راجع المادة ٢/٤٢٨ من القانون المدنى الكويتى بخصوص هذا الاثر للمقاصة (م• ٢/٣٦٥ مدنى مصرى) • وسوف نعرض لهما تفصيلا فيما بعد فى باب انقضاء الالتزام – ومن الاستثناءات أيضا الدفع بالتقسيم فى حالة تعدد الكفلاء بعقد واحد وكانوا غير متضامنين م ١/٧٥٩ مدنى كويتى (م • ١/٧٩٢ مدنى مصرى) •

ادركنا مفهوم الدين فى الفقـه الاسلامى كما يلى : « الدين : هـو ما ثبت فى الذمة » ونصت على ذلك المـادة ١٩٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ٠

٢٩٥ ــ نطـاق قاعـدة عـدم تجزئة الوفاء :

ان النطـاق الحقيقى لقاعـدة عـدم تجزئة الوفاء انمـا ينحـدد بحـالة يكون فيها الدين واحـدا وما يعرضه المـدين لا يكفى وفاء بأصـل هـذا الدين أو به وملحقاته ان وجـدت مثـل المصروفات (٣) ٠ ولكن تثور صـعوبة فى الحالة الأخيرة حيث يكون على المـدين ان يوفى ــ الى جنب اصـل الدين ــ ببعض الملحقات مثل المصروفات ،ولكن ما قـدمه للوفاء لا يغطى الأصـل والملحقات اذ كيف يتم خصم ما وماه المدين فى هـذه الحالة وصـولا الى تعيين ما تم الوفاء به من هـذا الأصل وتلك الملحقات ؟

تصـدى المشرع لهـذه الحالة فى المـادة ٤٠٧ مدنى كويتى بقـوله : « اذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وتعويضات عن التأخير فى الوفاء وكان ما أداه لا يفى بذلك جميعه خصم ما أدى من المصروفات ثم من التعويضـات عن التأخير فى الوفاء ثم من أصـل الدين ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك »(٤) ٠

وتطبيقا لذلك ، فاذا كان أصـل الدين ألف ريال يلتزم المـدين بالوفاء بها اضافة الى مائتى ريال مصروفات ، كان مجموع الدين ألفا ومائتى ريال ٠ فاذا دفـع المـدين تسعمائة ريال منها يجرى الخصم كما يلى : يخصم ممـا دفعه أولا المصروفات ويعتبر قـد وفى بها كلها ٠ ليكون الباقى ممـا دفـع هـو سبعمائة ريال تخصم من أصل الدين الذى يبقى منه ثلاثمائة ريال ٠

الا أن هذا الترتيب فى الخصم ليس من النظام العام اذ يجوز الاتفـاق ــ وعلى سبيل المثال ــ على أن يبـدأ الخصم من أصـل الدين ٠

---

(٣) راجع قاعدة عدم تجزئة الوفاء فى المـادة ١٢٤٤ مدنى فرنسى ٠

MARTY et RAYNAUD : op, cit., n. 562, p. 605.

(٤) راجع المـادة ٣٤٣ مدنى مصرى ٠

٢٩٦ ـ تعيين ما تم الوفاء به من الديون حال تعددها :

واذا كان نطاق قاعدة عدم تجزئة الوفاء يتحدد بحالة يكون فيها الدين واحدا على ما ذكرنا ، فانه يخرج عن هذا النطاق بطبيعة الحال الفرض الذى تتعدد فيه ديون المدين لدائن واحد ولو كان ما اداه المدين لا يغطى كل هذه الديون · وعلى الرغم من ذلك فان هذا الفرض قد يثير صعوبة فى تعيين ما تم الوفاء من الديون تلك دون غيرها(٥) ·

وبدهى ، فلا محل لأى صعوبة اذا كانت الديون المتعددة مختلفة فى جنسها · فاذا كان محل التزام ـ وهذا دين ـ يتمثل فى دفع مبلغ نقدى الى جانب التزامه تجاه نفس الدائن بالمبلغ بتسليم بضاعة وهذا دين آخر فاذا دفع المبلغ فقط أو سلم البضاعة فان أمر تعيين ما تم الوفاء به وما بقى دونه لا يثير اى صعوبة · لكن الصعوبة فى التعيين تثور اذا كانت الديون المتعددة من جنس واحد · كما اذا كان المدين ملتزما تجاه الدائن بأداء مبلغ نقدى معين وفاء لقرض وملتزم تجاه هذا الدائن بمبلغ مماثل باعتباره ثمنا لشراء شىء · فاذا قام المدين بأداء مبلغ منهما نشأت صعوبة فى تعيين الدين الذى تم الوفاء به دون غيره ·

تصدت لذلك المادة ٤٠٨ من القانون المدنى الكويتى (م· ٣٤٤ مدنى مصرى) ونصت على أن للمدين أن يعين عند الوفاء الدين الذى يريد الخصم منه ما لم يمنعه اتفاق مسبق من ذلك او يحول بينه وبين حقه فى التعيين مانع قانونى · ومثال المانع القانونى أن يكون دين منها لم يحل اجله والاجل مقرر لمصلحة الدائن · اذ لا يجوز للمدين أن يختار الوفاء به(٦) ·

وعلى الرغم من ذلك ، قد يحدث ألا يقوم المدين بالتعيين · وتصدت لهذا الفرض المادة ٤٠٩ من القانون المدنى الكويتى (م· ٣٤٥ مدنى مصرى) ويجرى نصها على التالى :

« لذا لم يعين الدين الذى تم الوفاء به على الوجه المبين فى المادة ٤٠٨ ، كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن

---

(٥) راجع فى موقف القانون المدنى الفرنسى :

AL, imputation des paiements.

CARBONNIER : op, cit., n. 128. p. 497 et S.

MARTY et RAYNAUD : op, cit., n. 606, p. 640 et S.

(٦) راجع : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٣ ، ص ١٦٥ ·

حساب أشدها كلفة على المدين فاذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن » ٠

ويتضح منها ان الوفاء يقع من الدين الذى حل ٠ وذلك تمشيا مع نية المدين المفترضة وقت الوفاء دون تعيين ٠ فاذا تعددت الديون الحالة فان الوفاء يقع من اشدها كلفة على المدين تقديرا بأن ذلك هو الاصلح له والأكثر اتفاقا مع قصده عند الوفاء دون تعيين[٧] ٠ كما لو كان احد هذه الديون يعرض المدين للحبس اذا لم يف به مثل دين النفقة ٠ فاذا تساوت الديون فى شدة الكلفة ، كان للدائن ــ والفرض ان المدين لم يعين الدين الذى يفى به ــ أن يعين الدين الذى يقع الوفاء منه ٠

(٧) راجع : المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٩٩ ٠

المبحث الثالث

الوفاء بارادة الموفى وحـده

٢٩٧ ـ قـد يمتنع الدائن ودون مبرر عن قبـول الوفاء · والمـدين له مصلحة فى أن يتم الوفاء ، فليس من شك فى ان امتناعا مثل هـذا من شأنه ان يلحـق الضرر به · فلو كان المـدين ملتزما بتسليم شيء تفرع عن ذلك التزامه بالمحافظة عليه · وامتناع الدائن عن استلام الشيء يعنى ـ ابتـداء ـ استمرار الالتزام بالمحافظة على الشيء قائمـا فى جانب هـذا المـدين · وفى هـذا يتجسد الضرر ·

وامتناع الدائن عن قبـول الوفاء دون مبرر يعـد تعنتا ويتخـذ هـذا التعنت عـدة صـور نظم المشرع من الاجراءات ما هـو كفيل بالتغلب عليها · ونبحث هـذه الاجراءات وتلك الصـور ··

٢٩٨ ـ أولا : صـور تعنت الدائن :

تضمنت الفقرة الأولى من المـادة ٤٠١ من القانون المدنى الكويتى فى صدرها صورا ثلاثا لتعنت الدائن بامتناعه عن قبول الوفاء (م· ٣٣٤ مدنى مصرى) فاما أن يرفض بغير مبرر مقبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا وأما أن يرفض القيام بأعمال لا يتم الوفاء بدونها وأما أن يعلن رفضـه للوفاء ·

وتتحقق الصـورة الأولى :

لو عرض المـدين على الدائن عرضا فعليا – ولو بدون اعلان رسمى ـ الدين بتمامه عند حلول الاجـل وفى المكان المحـدد للوفاء به ورفض الدائن · ويكفى لتحقيق هـذه الصـورة أيضا مجرد ابداء المـدين استعداده للوفـاء بالدين على الوجـه المتقـدم فيرفض الدائن ·

وتتحقق الصـورة الثانية :

فى حالة ما اذا استلزم الوفاء تدخـل الدائن بعمل من جانبه كما لو كان الدين واجب الوفاء فى موطن المـدين وأبى أن يسعى اليـه ·

وتتحقق الصــورة الثالثة :

اذا بادر الدائن ـ وقبــل أن يعرض المـدين الوفاء ـ وأعلن أنه لن يقبل الوفاء اذا عرض عليــه ٠

٢٩٩ ـ ثانيا : اجراءات اجبار الدائن على قبــول الوفاء :

نظم القانون اجراءات للتغلب على تعنت الدائن بامتناعه دون مبرر عن قبــول الوفاء ٠وتتلخص هــذه الاجراءات اجمالا فى الاعــذار والعرض الحقيقى ثم الايداع ، وفى النهاية قبول الايداع أو استصدار حكم بصحته ٠ وكما ذكرنا فان المشرع قــد استهدف بهــذه الاجراءات التغلب على عنت الدائن برفضــه قبول الوفاء وصولا الى اتمام الوفاء بارادة الموفى وحده ٠ ونفصل ما أجملنا من هــذه الاجراءات ٠

٣٠٠ ـ ١ ـ اعــذار المــدين للدائن :

اذا رفض الدائن قبــول الوفاء دون مبرر كان متعنتا على ما ذكرنا ٠ وأيا كانت صــورة هــذا التعنت يكون للمدين أن يعــذره مسجلا عليه هـــذا الرفض ٠ والاعــذار على هــذا النحو اجراء يسلكه المدين اذا شاء وصــولا الى وضع الدائن موضع التقصير ٠ ويكون الاعذار باعلان رسمى يسجل عليه فيــه احــدى صــور التعنت التى ذكرناها من قبــل ٠ ونصت على الاعــذار الفقرة الأولى من المــادة ٤٠١ من القانون المــدنى الكويتى (م٠ ٣٣٤ مدنى مصرى) ٠ واذا تم الاعــذار ، حــددت المــادة ٢/٤٠١ مدنى كويتى عــدة آثار تترتب عليه هى كما يلى :

(أ) انتقال تبعة الهــلاك أو التلف الى عاتق الدائن ٠ فلو كانت تبعة الهـــلاك على المــدين أصـــلا كما هـــو الأمر فى العقــود الملزمة للجانبين ، واعــذر المــدين الدائن بعد رفضه تسلم الشىء ، ثم هلك الشىء بعد ذلك بقــوة قاهرة ، انتقلت تبعة هــذا الهــلاك الى الدائن بموجب النص المذكور وكأثر لهــذا الاعــذار ٠

(ب) يكون للمــدين ، وكأثر للاعــذار ، أن يطالب الدائن بتعــويض اذا كان له مقتضى ٠ كما لو أدى امتنــاع الدائن عن الوفاء الى الاضرار بالمدين ٠ والغالب وجــود الضرر ، سيما اذا ادركنا ـ على ما ذكرت من قبــل ـ أن للمــدين مصلحة فى تمــام الوفاء ٠

(جـ) يكون للمـدين ايضـا الحـق فى ايداع الشيء على نفقة الدائن ، كما سنرى عن الايداع باعتباره اجراء للتغلب على عنت الدائن ٠

واذا امعنا النظر ، وجـدنا النص الكويتى السابق وان كان يتفق ابتداء - بشأن آثار الاعـذار - مـع النص المقـابل من القانون المـدنى المصرى وهـو نص المـادة ٣٣٥ فان الاتفـاق ينحصر فى أثرين دون ثالثهما ٠ وما يختلف فيه النص المصرى يتمثل فى وقف سريان الفوائد كأثر للاعـذار وذلك يفترض أن الدين واحـد على ما ذكرنا ، فانه يخرج عن هذا النطاق بطبيعة الحـال فى المـادة ٣٢٤ وقـد حـذفت عبارة « وقف سريان الفـوائد جريا على احكام الشريعة الاسلامية بتحريم الفـوائد الربوية » ٠

٣٠١ - ٢ - العرض الحقيقى :

للمدين ان يعرض الدين عرضـا حقيقيا على دائنه - نصت على ذلك المـادة ٤٠٢ مدنى كويتى (٣٣٩ مدنى مصرى)(١) بقـولها : « يقـوم مقـام الوفاء ، عرض الدين عرضا حقيقا ، اذا تلاه ايداع أو اجزاء بديل عنه وفقا لاحكام قانون المرافعات ، ثم قبله الدائن أو صـدر حكم نهائى بصحته » ٠ ويكون العرض الحقيقى وفقا لأحكام قانون المرافعات وتبعا لطبيعة المعروض ٠ اذ يقوم المدين بتسليم الشيء المستحق الى مندوب الاعلان (المحضر) ٠ الذى يقـوم بتسليمه للدائن ٠ فاذا كان تسليمه ميسورا فى موطن الدائن تعين أن يحمله اليـه مندوب الاعـلان والا كلفـه بتسلمه حيث يوجـد (م٠ ٢٩٩ من قانون المرافعات الكويتى) ٠ واذا ما قبـل الدائن العرض على ذلك الوجـه فيكون الوفاء قد تم اليه منذ اللحظة التى يقترن فيها القبول بالعرض ٠

ومع ذلك ، فانه قـد يحـول بين المـدين وبين امكان التعرف على الدائن الواجب الوفاء اليـه حائل ، فيتعـذر اتخـاذ اجراءات عرض الدين عرضـا حقيقا ، وكان لزاما لذلك فتح البـاب امـام المدين للخلوص من عبء الدين بايداعـه مباشرة ايداعا غير مسبق بالعرض الحقيقى فى الأحـوال التى يتحقق فيها قيام ذلك الحائل ، وقـد حصرتها المـادة ٤٠٣ مدنى كويتى (م٠ ٣٣٨ مدنى مصرى) فيما يلى :

أولا : اذا كان المـدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه ٠

ثانيا : اذا كانت أهلية الدائن مقيد او معدومة وليس له نائب يقوم عنـه فى اسـتيفاء الدين ٠

---

(١) راجع العرض الحقيقى فى القانون المصرى : السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٤٣٣ ، ص ٧٣٧ - ٧٣٨ ٠

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٩٨ ٠

ثالثا : اذا كان الدين محل نزاع بين عدة اشخاص ولم يتيسر للمدين التثبت من صاحب الحق فيهم ٠

رابعا : اذا كانت هناك اسباب جدية اخرى تبرر عدم اجراء العرض الحقيقى كما اذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه[3] ٠ كما لو كان المشترى راغبا فى الوفاء بالثمن الى البائع ولكن البائع يمتنع عن الوفاء المقابل بالتصديق على توقيعه فى عقد البيع تمهيدا لتسجيل العقد ونقل الملكية ، فلا يكون أمام المشترى مفر من ايداع الثمن مباشرة على ذمة البائع مشروطا بعدم صرفه اليه بعد توقيعه على العقد[3] ٠

٣٠٢ – ٣ – الايداع والحراسة :

اذا لم يقبل الدائن العرض ، تعين اتخاذ اجراءات الايداع فى قانون المرافعات وتتم بايداع الشىء خزانة ادارة التنفيذ (خزانة المحكمة فى القانون المصرى) اذا كان المعروض نقودا او غيره مما يقبل الايداع بالخزانة ٠ أما اذا كان الشىء المعروض غير ذلك تعين استصدار أمر من القاضى بالايداع فى مكان امين ٠ اما اذا كان المعروض شيئا يستحيل على الايداع فان الاجراء البديل هو استصدار أمر القضاء بوضعه تحت الحراسة ٠ واذا كان الشىء المعروض من الاشياء التى يسرع اليها التلف فيباع باذن القضاء ويودع الثمن المتحصل من البيع[4] ٠ (المادتان ٣٠٠ ، ٣٠١ من قانون المرافعات الكويتى) ٠

٣٠٣ – ٤ – قبول الدائن العرض او صدور حكم بصحته :

قديعود الدائن بعد اتمام الايداع ويقبل العرض ، كما انه قد يظل على موقفه من رفض العرض والامتناع عن تسليم المعروض فى الحالة الاولى يعد

---

(٣) المذكرة الايضاحية ، المرجع السابق ٠

(٤) راجع المذكرة الايضاحية للقانون الكويتى ، الموقع السابق ٠

وفى القانون المدنى المصرى ، راجع هذه الاحكام :

السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٤٣٤ ، ص ٧٣٩ – ٧٤٢ ٠

عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣١٢ ، ص ٣٦١ – ٣٦٢

راجع أيضا حكم المادة ٣٣٦ ، ٣٣٧

من القانون المدنى المصرى ٠

العرض وفاء مبرئا للذمة · وفى الحالة الثانية يكون للمدين ان يطلب من المحكمة الحكم بصحة العرض والايداع · ونص المـادة ٤٠٢ مدنى كويتى (م · ٣٣٩ مدنى مصرى) واضح فى اعتبار قبول الدائن العرض أو الحكم بصحة العرض والايداع بمثابة وفاء · والوفاء يكون من التاريخ الذى تم فيه العرض الحقيقى على الدائن فابتدره بالرفض ولم يشأ أن يقبله فى حينه (٦) ·

ويلاحظ ان المـادة ٤٠٤/ ١ من القانون المدنى الكويتى (م ٣٤٠/١ مدنى مصرى)قد أجازت للمدين أن يرجع فى عرضه ما دام لم يقبله الدائن وما دام لم يصـدر حكم نهائى بصحته · فاذا رجع بقى الدين وملحقاته فى ذمته كما لا تنفك عنه ضماناته · ويكون الرجوع وفقا لاحكام قانون المرافعات · أما اذا كان الدائن قد قبل العرض أو كان قد صدر حكم نهائى بصحته ، فانه لا يجوز للمدين أن يرجع فى العرض الا بموافقة الدائن (م · ٤٠٤ / ٢ مدنى كويتى ـ م ٣٤٠/٢ مدنى مصرى) ·

---

(٥) راجع ، عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣١٣ ، ص ٣٦٢ ـ ٣٦٣

(٦) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، الموقع السابق ·

المبحث الرابع

ظروف الوفاء

٣٠٤ ـ تقسيم :

نبحث فى ظروف الوفاء : زمانه ومكانه ونفقاته وكيفية اثباته ٠

٣٠٥ ـ اولا ـ زمان الوفاء :

نصت المادة ١/٤١٠ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ١/٣٤٦ مدنى مصرى) على انه « يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام فى ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بخلافه » ٠ والمعنى الواضح للنص ، أن القاعدة هى وجوب الوفاء بالالتزام فورا اى بمجرد نشوئه وترتبه نهائيا فى ذمة المدين(١) ٠ وهذه القاعدة تفترض انه لم يتحدد أى اجل للوفاء بالالتزام ، فاذا تحدد الأجل بالاتفاق أو نص القانون تعين ان يتم الوفاء فيه ٠ واستثناء من ذلك نصت المادة ٢/٤١٠ مدنى كويتى على انه : « يجوز للقاضى ، اذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر المدين الى اجل مناسب أو يقسط عليه الدين اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم »(٢) ٠

وواضح أن النص يتكلم عما نسميه نظرة الميسره(٣)
وفى ضوئه يمكننا ان نستخلص عدة شروط ينبغى توافرها لمنح المدين نظرة الميسره تلك :

---

(١) راجع حكم المادة ١٢٤٤ مدنى فرنسى ٠

MAZEAUD : op. cit., n. 906, p. 494.

MARTY et RAYNAUD : n. 735, p. 751 et S.

(٢) ويلاحظ ان الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى مصرى تطابق الفقرة الثانية من المادة ٤١٠ مدنى كويتى ما عدا عبارة « أو يقسط عليه الدين » التى جاء النص المصرى خلوا منها ٠

(٣) راجع حكم المادة ١٢٤٤ مدنى فرنسى ؛

١ – الا يكون منح المهلة فى حالات حظر فيها المشرع منح هـذه المهلة للمدين كما هـو الحال بالنسبة للوفاء بالكمبيالة(٤) ٠

٢ – أن تكون حالة المدين تستأهل ايثاره بالمهلة ٠ وللقاضى تقـدير ذلك فى ضـوء ما يحيط بهـذا المدين من ملابسات وعلى الأخص حال كونه حسن النية او غير ذلك ٠ وعلى ذلك لا يجـوز منح المهلة للمدين اذا كان سيىء النية وتعمـد عـدم الوفاء(٥) كذلك لا يجـوز منح المهله اذا كان المدين قـد قصر فى الوفاء قصـورا بينا أو كان معسرا لا يرجى منه الاقتدار على الوفاء(٦) ٠

٣ – ألا يكون من شـأن منح المهـلة للمدين الحاق ضرر شـديد بالدائن ٠ فاذا كان فى منح هـذه المهلة ما يؤدى الى الضرر الجسيم بالدائن ، كما لو اعتمد على استيفاء الدين للوفاء بدين عليه ، لما كان ذلك جائزا ٠

٤ – أن تكون المهلة الممنوحة معقولة ٠ وتقـاس بقـدر ما هـو ضرورى ليتمكن المدين من الوفاء(٧) ٠

اذا توافرت الشروط السابقة ، جاز للقاضى أن يمنح المدين مهلة للوفاء بالتزامه ٠ ويترتب على منح هـذه المهلة عـدم جـواز قيام الدائن باتخـاذ اجراءات التنفيذ لاجبار المدين على الوفاء ٠ فاذا كان قـد بدأ فيها قبـل منح المهلة يبقى قائمـا ما تم منها حتى أوقفت بمنح المهلة وكان ما وقـع منها بعـد ذلك باطـلا ٠

---

(٤) من الموانع القانونية للمهلة القضائية راجع ايضا ما نصت عليه المـادة ٢١٠ مدنى كويتى (١٥٨ مدنى مصرى) – وما نصت عليه المـادة ٥٠٥ مدنى كويتى (م٠ ٤٦١ مدنى مصرى) وقـد أجاز النص الأول لطرفى العقـد الاتفـاق على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجـة الى حكم عند عـدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ٠ وفى هـذه الحالة لا يجـوز للقاضى أن يمنح المدين اجلا للوفاء ٠ وفى النص الثانى وبالنسبة لبيع المنقولات أو العروض فانه يكون مفسوخا دون حاجة الى اعـذار اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولم يدفع ٠ وحال عـدم الدفع لا يجوز للقـاضى أن يمنح المدين اجـلا للوفاء ٠

(٥) فى هـذا المعنى ، السنهورى ، المرجـع السابق ، رقم ٤٣٦ ص ٧٨١ – محمد لبيب شنب ، المرجـع السابق ، رقم ١٨٤ ، ص ١٦٧ ٠

(٦) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٩٩ ٠

(٧) السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٤٦٣ ، ص ٧٨٣ وقـد حـددت المـادة ٢/١٢٤٤ مدنى فرنسى المهلة بسنة واحـدة لا تزيد ٠٠ راجـع فى بيـان ذلك :

MAZEAUD : op. cit., n. 909 p. 895.

ويلاحظ أن وقف اجراءات التنفيذ بمنح المهلة لا يمنع من اتخاذ الاجراءات التحفظيـــة ٠

وتجـدر الاشارة اخيرا الا ان اثر منح المهـلة هـو اثر نسبى ، لا يتعـدى المدين الممنوح من جهـة والدائن الذى حكم فى مواجهته بها من جهة أخرى ٠ فلا يستفيد منها اى مدين آخر ولو كان متضامنا وإن كان يستفيد منها الكفيل ٠ كذلك لا تسرى فى مواجهة دائن آخر ولو كان متضامنا مـع الدائن الذى حكم بالمهلة فى مواجهته(٨) ٠

وتنقضى المهلة او نظرة الميسرة بمـا ينقضى به الاجـل ٠ اذ تنقضى بالحلول أى بفـوت مدة المهلة وتنقضى أيضا بشهر اعسار المدين أو افلاسه وباضـعاف التأمينات التى قـدمها للدائن(٩) ٠

٣٠٦ ـ ثانيا ـ مكان الوفاء :

نصت المـادة ٤١٢ مدنى كويتى (م ٠ ٣٤٧ مدنى مصرى) على ما يأتى :

« ١ ـ يكون الوفاء فى موطن المدين كما يجـوز أن يكون فى مكان عمله اذا كان الالتزام متعلقـا بهـذا العمل ٠

٢ ـ ومـع ذلك يكون الوفاء بتسليم شىء معين بالذات فى المكان الذى كان فيــه وقت نشوء الالتزام ٠

٣ ـ وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق او القانون او طبيعـة الالتزام بغــيره » ٠

وكما يبين من النص ، فانه يتعين التفرقة بين فرضين بخصوص تعيين مكان الوفاء بالالتزام ٠

الفرض الأول :

وفيه يكون محل الالتزام شيئا معينا بالذات ٠ حيث يجب الوفاء به فى المكان الذى كان هـذا الشىء موجـودا فيه وقت نشوء الالتزام ٠ والأصل فى

---

(٨) راجع ، السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٤٦٤ ، ص ٧٨٦ ٠

(٩) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٤ مكرر ، ص ١٦٩ ٠

هـذا أن يكون الشيء له مكان ثابت · وهـذا احتمال · أما اذا كان الشيء دائم التنقل وهـذا احتمال ثان فى هـذ الفرض (كسيارة) فان الوفاء يكون فى موطن المدين لأنه الاقرب احتمالا الى ارادة المتعاقـدين[10] ·

الفرض الثانى :

وفيـه لا يكون محل الالتزام معينا بالذات · كمـا لـو كان تسليم شيء غـير معين بالذات أى شيء مثلى أو كان عمـلا أو امتناعا عن عمـل · حيث يكون الوفاء فى المكان الذى به موطن المدين وقت وجـوب الوفاء · ويعبر عن ذلك بأن الدين مطلوب لا محمـول · أى على معنى أن يذهب الدائن الى المدين ليطلب دينه منه وليس على المدين أن يحمـل الدين الى الدائن[11] ·

وننبه الى أن تحـديد مكان الوفاء فى الفرضين السابقين على اســـاس النص السابق انمـا يفترض أن هـذا المكان لم يتحـدد بالاتفـاق ·

٣٠٧ ـ ثالثا ـ نفقـات الوفاء :

نصت المـادة ٤١٣ من القانون المدنى الكويتى على أن نفقات الوفاء تكون على المدين الا اذا وجـد اتفـاق او نص فى القانون أو عرف يقضى بغير ذلك · (راجـع المـادة ٣٤٨ مدنى مصرى) ·

والنص واضح فى أن الأصـل هـو أن يتحمل المدين نفقـات الوفـاء بالالتزام · والنفقات المقصودة فى هـذا المقام هى تلك التى تصرف فى سـبيل الوفاء بالدين مثل ثمن الشيك واجرة الوزن أو الكيل ونفقـات ارسـال الدين الى الدائن[12] · وذلك ما لم يوجـد اتفاق أو نص أو عرف يقضى بغير ذلك ·

٣٠٨ ـ اربعا ـ اثبـات الوفاء :

يقـع عبء اثبـات الوفاء على المدين · ولمـا كان الوفاء يعـد تصرفا قانونيـا ، فانه يخضع فى اثبـاته للقواعـد المقررة فى اثبـات هـذه التصرفات · ومفـاد ذلك بطبيعة الحـال انه يتعين اثبـات الوفاء بالكتابة اذا كانت قيمة

---

(١٠) راجع ، عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣٢٢ ، ص ٣٧٢ ·

(١١) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٥ ، ص ١٧٠ ·

(١٢) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ٧٠٠ ·

الالتزام تزيد على خمسمائة دينار كما نصت المادة ٣٩ من قانون الاثبات الجديد فى الكويت[١٣] • ويقدر الالتزام – تبعا لهذا النص – باعتباره قيمته وقت صدور التصرف بغير ضم الملحقات الى الأصل •

ويلاحظ ، ان اثبات الوفاء بالكتابة يكون واجبا فى الاطار المتقدم ولو كان هذا الوفاء جزئيا • وعلى ذلك ، لو قام المدين بالوفاء بجزء من الدين وجب عليه اثباته بالكتابة ولو كانت قيمة هذا الجزء اقل من خمسمائة دينار ما دام اصل الدين يجاوزها فى قيمته ونصت على ذلك ايضا المادة ٣٩ سابقة الذكر فى عجزها اذ قالت : « وتكون العبرة فى اثبات الوفاء الجزئى بقيمة الالتزام الأصلى » وهو الحكم الذى نصت عليه المادة ٦٠ من قانون الاثبات فى مصر[١٤] وقد تغيا المشرع بهذا الحكم قطع الطريق أمام المدين فى التحايل على قواعد الاثبات وتمسكه بوفاء الدين مجزأ الى اجزاء تدخل فى نصاب الشهادة • ومن ناحية أخرى فقد استهدف المشرع بهذا الحكم حماية المدين من محاولات الدائن استيفاء الدين على أجزاء فى حدود نصاب الشهادة لكى يصل من ذلك الى قطع مرور الزمان •

وعلى حد ما جاء بالنص السابق ايضا ، فان وحدة المصدر القانونى للتصرف هى الأساس فى تقدير قيمته بغض النظر عن تعدد الطلبات فى الدعوى تبعا لتعدد مصادرها حتى وان كانت هذه التصرفات من طبيعة واحدة وانعقدت التصرفات بين نفس الخصوم ، فاذا نشأت بين الطرفين ديون متعددة من مصادر متعددة تعين ان يستقل كل دين منها بدليل اثباته تبعا لقيمته • فاذا كانت القيمة خمسمائة دينار فأقل جاز الاثبات بشهادة الشهود والا وجب الاثبات بالكتابة أو ما يقوم مقامها[١٥] •

---

(١٣) وقد صدر قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية فى الكويت بالمرسوم بقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ فى ١٩٨٠/٦/٤ ونشر بالعدد رقم ١٣٠٧ من الجريدة الرسمية الكويت اليوم الصادر بتاريخ ١٩٨٠/٦/٢٥ • وبدأ العمل به من أول نوفمبر سنة ١٩٨٠ •

(١٤) راجع للمؤلف : الاثبات : مذكرات على الآلة الناسخة ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٧٦ – ١٩٧٧ •

راجع ايضا المادة ٤٢ من مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية على أساس الفقه الاسلامى فى مصر •

(١٥) راجع المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات الكويتى [illegible]

وبالنظر الى انه يقع كثيرا فى العمل وبخاصــة فى حالة الوفاء بجزء من الدين ، أن يؤشر الدائن على السند بكل دفعــه أو قسط يستأده من المدين ، ويستبقى التوقيع حتى سداد الدين بأكمله ، كما يحـدث أن المدين اذا كان بيـده نسخه من السند أو مخالصة بقسط سابق من الدين دون أن يتطلب توقيـع الدائن انتظارا الى حين الوفاء بباقى الدين ، ولذلك وتحقيقا للغـــاية المقصودة عادة من التعامل على ذلك الوجــه فقـد ضمن المشرع الكويتى المـادة ٢١ من قانون الاثبـات حكما يقضى بأن تأشيرة الدائن ببراءة المدين فى مثل تلك الأحـوال ولو لم يكن مذيلا بتوقيعــه يعتبر قرينــة بسيطة على الوفاء متى توافرت ظروف معينة تحمل على الاعتقاد بصحة الوفاء المؤشر به ٠

وتقـوم القرينة فى حالتين ٠ فى الأولى بوضـع الدائن بالوفاء على سـنده الأصلى وبغير ان يوقــع على ذلك التأشير ٠ وفى الثانية يؤشر الدائن بالوفاء على نسخة أصلية أخرى للسند أو على مخالصة والنسخة أو المخالصة بيـــد المـــدين(١٦) ٠

(١٦) راجع المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات الكويتى ٠

المبحث الخامس

آثار الوفــاء

٣٠٩ – تمهيــد وتقســيم :

رأينا أن الوفاء بالالتزام ولئن كان أثرا من آثاره الا انه يعـد – وبنفس القـدر – سـببا لانقضائه · ولذا ، كان حرص المشرع المدنى على تناوله وهـو يتكلم عن انقضاء الالتزام وهـذا بدهى · اذ الأثر الطبيعى للوفاء بالالتزام هـو انقضاؤه · وهـذا الأثر اذا يتحقق ومن ثم تبرأ ذمة المدين تجاه الدائن ، فانه يكون سواء كان الموفى هو المدين أوشخص آخر غيره ·· ويلاحظ أن الوفاء فى الحالة الأخيرة يحتاج الى وقفـة · فاذا كان الموفى غير المدين متبرعا انتهى الأمر عند براءة ذمة المدين تجاه الدائن والأصـل ايضا براءة ذمته تجـاه الغير الموفى لأنه متبرع · أما اذا لم يكن هذا لغير متبرعا فليس من شك فى حقه فى الرجوع على المدين بمـا قـدم للدائن · وقـد يستند فى رجـوعه أما على دعـوى شخصية هى دعـوى الفضالة لان عملية الوفاء من غير المدين هى فى ذاتها من أعمـــال الفضالة(١) وأما ان يستند فى رجـوعه على دعـوى الاثراء · ومـع هـذا الرجوع فان هـذا الغير الموفى قـد يجابه خطر ضياع التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بحـق الدائن تجـاه المدين · وتفسير ذلك أن التزام المدين بأن يؤدى للغير ما وفاه للدائن انمـا يمكن ان ينظر اليه على انه دين جـديد للموفى مستقل عن ذلك الذى تم الوفاء به للدائن · وعليه ، فانه اذا كان الالتزام الموفى به مضمونا بتأمينات شخصية كانت او عينية فانها تنقضى مـع انقضاء الالتزام بالوفاء به وستم لا يستفيد منها الغير الذى أوفى عن المدين لضمان الدين الجـديد(٢) · وقـد تصدى

---

(١) راجع محمد لبيب شنب ، المراجع السابق ، رقم ١٩٤ صفحة ١٧٧ ·

(٢) راجع فى هـذا التحليل محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ·
راجـع أيضـا :

MAZEAUD : op. cit., r. 843, p. 843.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 607, p. 642.

المشرع المدنى لهـذا الخطر بتنظيم ما يسمى « للوفاء مـع الحلول » ومؤداه انه اذا كان الموفى غير المدين ، فان وفاء مثل هـذا وان كان يبرىء ذمة المدين تجـاه الدائن ، فانه يبقى على هـذه الذمة مشغولة بالدين تجـاه الغير الموفى ، الذى يحـل محـل الدائن اما بالاتفـاق أو بنص القانون ، ليكون الحلول على هـذا النحـو اتفاقيـا أو قانونيا • وهـو حلول شخصى[3] ونبحث الحلول الاتفاقى ثم الحلول القانونى وآثارهما • كل ذلك فى مطالب ثلاثة على التوالى •

(٣) راجع فى صـور الحلول الشخصى :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 608.

المطلب الأول

الحــلول الاتفــاقى

LA SUBROGATION CONVENTIONNELLE

٣١٠ – تعــريف :

الحلول الاتفاقى عبارة عن حلول الغير الموفى محل الدائن وذلك بموجب اتفــاق معه أو مــع المدين وبمقتضى هــذا الحلول يكون لهــذا الغير الموفى أن يطالب المدين بمــا كان فى ذمته للدائن(١) ٠

وللحلول الاتفاقى على هــذا النحــو صورتان اذ يتم فى الأولى باتفاق الغير الموفى مــع الدائن بينما يتم فى الثانية باتفــاق هــذا الغير مــع المدين ٠

٣١١ – الحلول باتفــاق الغير الموفى مــع الدائن :

تنــاول المشرع المدنى الكويتى هــذه الصــورة بالنص عليهـــا فى المــادة ١/٣٩٥ اذ قال : « للدائن الذى استوفى حقــه من غير المدين أن يتفق مــع هــذا الغير على أن يحــل محله حتى لو لم يقبــل المدين ذلك ، على أن يكون الاتفاق واردا فى محرر ثابت التاريخ لم يتأخر عن وقت الوفاء » وهى الصورة التى نص عليها المشرع المدنى المصرى فى المــادة ٣٢٧ ٠

وكما يتضح من النص ، فانه يتعين توافر الشروط الآتية فى هــذه الصورة للحلول الاتفــاقى :

١ – يجب أن يتم الاتفــاق على الحلول بين طرفيه وقت الوفاء ٠ ونقصد بذلك أولا أن نبرز طرفى الحلول الاتفاقى فى هــذه الصورة وهما الغير الموفى والدائن ٠ اذ المدين ليس طرفا فيــه ٠ ليس هــذا فحسب بل أن رضاءه ليس بشرط واعتراضه على الحلول لا تأثير له ٠ وثانيا : الا يتأخر الاتفاق على الحلول بين طرفيه عن وقت الوفاء ٠ ومفهومنا لذلك هــو الاتفاق على الحلول يمكن

PONSARD (A) BLONDEL (P.) " subrogation" repertione de droit civil, 1979, T. VII.

ان يكون سابقا للوفاء أو معاصرا له · فالمشرع منع بالنص لتفاقا على الحلول يكون لاحقا للوفاء · وعلة هذا المنع كما ذهب البعض ، أن الالتزام ينقضى بالوفاء ، ولا يعقل أن يتفق بعد ذلك على احلال الغير الموفى محل الدائن فيه(٤) ·

٢ ـ ان يكون الاتفاق على الحلول فى محرر ثابت التاريخ والغالب أن يرد الاتفاق على الحلول فى المخالصة التى تثبت الوفاء ليكون الحلول فى معية الوفاء بالمخالصة تلك(٥) ·

ونود أن نشير ـ فى عجالة ـ الى وجوب عدم الخلط بين الوفاء مع الحلول فى هذه الصورة من ناحية وحوالة الحق من ناحية أخرى · ونوجز الفروق بينهما فيما يلى :

أولا : على الرغم من أن هناك تشابها بين الوفاء مع الحلول فى هذه الصورة وحوالة الحق ، فان الاختلاف بين بينهما · فالوفاء مع الحلول فى الصورة التى نحن بصددها يتم باتفاق الدائن المستوفى والغير الموفى كما هو الأمر فى حوالة الحق ، وتنعقد ـ على ما مربنا ـ باتفاق المحيل (الدائن) والمحال له · فلابد من رضاء الدائن فيهما بينما رضاء المدين غير ضرورى · ومع ذلك ـ وهو موقع للاختلاف بينهما ـ فان حوالة الحق لا تكون نافذه فى حق المدين أو الغير الا بعلمه والعلم يكون بالقبول أو الاعلان كما رأينا من قبل بخلاف الوفاء مع الحلول وهو نافذ فى حق المدين وفى حق الغير دون أى اجراء(٦) ·

ثانيا : يختلف الوفاء مع الحلول ايضا عن حوالة الحق فى رجوع الموفى والمحال له بحقهما · فالموفى له فى رجوعه على المدين دعويان : دعوى الحق الذى انتقل اليه وبمقتضاها يطلب بحق الدائن ، ودعوى شخصية ناشئه عن واقعة الوفاء وتجد مصدرها فى الوكالة او الفضالة او الاثراء

---

(٤) راجع محمد لبيب شنب ، المرجع السابق رقم ١٩٦ ، صفحة ١٧٩ ·

(٥) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 612 p. 644.

(٦) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٤٠٧ ، صفحة ٧٠٦ ·

راجع ايضا :

Le plus Souvent La quittonce subrogative est etablie au moment du paiment et elle constäte La simultanéite du paiement et de la subrogation.

بلا سبب فللموفى دعويان دعوى الحلول والدعوى الشخصية · أما المحال له فليس له فى رجوعه سوى دعوى واحدة هى دعوى الحق الذى انتقل اليه ولا يمكنه الرجوع على المدين بغيرها(٧) ·

ثالثا : تفترض حوالة الحق غالبا أن شخصا يتقدم لشراء الحق أقل من قيمته ويرجع ذلك لعدة أسباب منها : أن يكون الحق مضافا الى أجل ولم يحل أو أن هناك عقبات أمام استيفاء هذا الحق ويتقدم الشخص (المحال له) لشراء الحق بأقل من قيمته ويرجع على المدين بالقيمة كاملة · وواضح أن الهدف من الحوالة على هذا النحو يتمثل فى المضاربة والاستثمار بخلاف الوفاء مع الحلول · اذ الغير الموفى يقوم بالوفاء غالبا بقصد أداء خدمة للمدين اذ يفى بالدين ولا يرجع على المدين الا عند الميسرة مثلا » ·

رابعا : يجد الوفاء مع الحلول مصدره - بصفة عامة - أما فى اتفاق أو نص قانونى اذ الحلول على ما ذكرنا حلول اتفاقى أو قانونى · بخلاف حوالة الحق فليس لها من مصدر الا الاتفاق(٨) ·

وخلاصة لما تقدم ، يمكننا القول بأن حوالة الحق تختلف عن الوفاء مع الحلول ، الذى يتم باتفاق الدائن والغير الموفى ، من حيث النفاذ والآثار والغرض والمصدر ·

٣١٢ - الحلول باتفاق الغير مع المدين :

نص المشرع المدنى فى الكويت على هذه الصورة فى الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ من القانون المدنى هناك اذ قال « وللمدين أيضا اذا اقترض مالا سدد به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يكون الاتفاق على الحلول واردا فى محرر ثابت التاريخ ، وأن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وأن يبين فى المخالصة أن الوفاء كان من المال المقترض من الدائن الجديد ولا يجوز للدائن الأصلى أن يرفض ادراج هذا البيان » · وهى الصورة التى تناولها المشرع المصرى فى المادة ٣٢٨ من التقنين المدنى · والمعنى الواضح للنص أن الحلول يقع فى هذه الصورة باتفاق الغير الموفى مع المدين على أن يقرضه مالا يوفى به الأخير (وهو المقترض) دين الدائن ، على أن يحل محله فى حقوقه ·

ويمكننا أن نستخلص عدة شروط للحلول الاتفاقى فى هذه الصورة كما يتضح من النص :

---

(٧) راجع : عبد المنعم البدراوى · المرجع السابق · رقم ٣٣٨ صفحة ٣٩٠ ·

(٨) راجع MARTY et RAYNAUD : op. cit.,

١ ـ ان يكون الاتفـاق على الحلول واردا فى محرر ثابت التاريخ كما هو الحال فى الصورة الأولى للحلول الاتفاقى وهـو شرط لم يعرض له النص المصرى المقـابل من القانون المدنى المصرى (م· ٣٢٨) ·

٢ ـ أن يذكر فى عقـد القرض أن المـال الذى اقترضه المدين قـد خصص للوفاء بحـق الدائن الذى يريد المقرض الحلول محله فى حقـوقه · وهـو شرط تنـاوله صراحة المشرع المدنى المصرى فى النص المذكور ·

٣ ـ يجب ان يذكر فى المخالصـة الصادرة من الدائن الأصلى أن الوفاء كان من المـال المقترض من الدائن الجـديد · وهـذا الشرط ولئن ورد أيضـا فى المـادة ٣٢٨ من القـانون المدنى المصرى الا أن النص الكويتى قـد تضمن حكمـا جاء هـذا النص المصرى خاليا منه · اذ منع المشرع المدنى الكويتى فى المـادة ٢/٣٩٥ على الدائن الأصلى أن يرفض ذكر البيان السابق ـ مضمون هـذا الشرط ـ فى المخالصـة الصادرة منه · وقـد نقـل هـذا الحكم عن المـادة ٣/٢١٠٢ من القانون المدنى الايطالى وذلك لازالة كل لبس فى أن الدائن الأصلى يعتبر ممتنعا عن قبـول الوفاء اذا رفض اثبـات تلك الواقعـة بالمخالصـة ممـا يميز اجباره على قبـول الوفاء بطريق العرض الحقيقى والايداع(٩) ·

٣١٣ ـ التفرقة بين صـورتى الحلول الاتفـاقى :

فى التعليق على نص المـادة ١٢٥٠ من القانون المدنى الفرنسى عرض الاساتذة مازو لمعيار التفرقة بين صـورتى الحلول الاتفاقى · الحلول باتفـاق الغير الموفى مـع الدائن وتضمنتها الفقرة الأولى من هـذا النص والحلول باتفاق الغير مع المدين وهـو موضوع الفقرة الثانية من النص المشار اليه · ففى الصورة الأولى يقـوم الغير بالوفاء مباشرة للدائن أما الثانية فيسلم فيها الغير المـال المقترض للمـدين الذى يقـوم بدفعـه للدائن · وفى ضوء هـذا التحليل عرض لمعيـار(١٠) التفرقة بين الصـورتين كما جاء فى حكم دائرة العرائض بتـاريخ ١٩٣٦/٢/٤(١١) ·

ومؤداه أن العبرة بالشخص الذى تلقى المـال من الغير · فاذا كان هـو الدائن كنـا فى نطـاق الصورة الأولى · بينما نكون فى نطـاق الثانية أو كان الشـخص هـو المـدين ·

---

(٩) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، صفحة ١٩٦ ·

(١٠) راجع : MAZEAUD : op. cit., n. 845. p. 844.

(١١) راجع حكم دائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية والتعليق عليه :
MAZEAUD : op. cit., Lectures. p. 854-855.

المطلب الثانى

الحــلول القــانونى

LA SUBRUGATION LEGAL

٣١٤ ـ حالات الحلول القــانونى :

يكون الحلول القانونى فى عــدة حالات منح المشرع للموفى ـ فى نطاقها ـ حــق الحلول محــل الدائن وعلى ما يبــدو من هــذه الحالات ـ كما سنعرض لهــا ـ فان الموفى الذى يحــل محــل الدائن بقــوة القانون هــو دائما صاحب مصلحة فى الوفاء بالدين للمدين ، وبنــاء على ذلك خــوله المشرع الوفاء بالدين رغم ادارة الدائن والمدين على السواء ويتم حلوله محل الدائن ·

وقــد ذكر المشرع المدنى فى الكويت اغلب هــذه الحالات فى المــادة ٣٩٤ من القانون المدنى هناك ونذكر هــذه الحالات اجمالا على النحو التالى :

١ ـ اذا كان الموفى ملزما بالدين مــع المدين أو ملزما بوفائه عنه ·

٢ ـ اذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقــدما عليه بمــاله من تأمين عينى ولم يكن للموفى أى تأمين ·

٣ ـ اذا كان الموفى قــد تملك شيئا وادى الدين الدائن خصص الشىء لضمان حقــــه ·

٤ ـ اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حــق الحلول ·

وهى نفس الحالات التى تنــــاولها المشرع المصرى فى المــــادة ٣٢٦ من القــانون المدنى مــع اختلاف فى الصياغة بالنسبة للحالة الثالثة بصــفة خاصة ونفصــل ما أجملنــا ·

SAVATIER : op. cit., n. 278. p. 337-338.

MAZEAUD : op. cit , n. 854-856, p. 848-551.

الحالة الأولى ـ اذا كان الموفى ملزما بالدين مـع المدين او ملزما بوفائه عنه :

تتحقق هـذه الحالة الأولى للحلول القانوني عندما يكون الموفى اما ملزما بالدين مـع المدين كما لو كان مدينا متضامنا وأما ملزما بوفائه عنه كما لو كان كفيلا شخصيا أو عينيا · اذ قـد يكون لأى من هـؤلاء مصلحة فى درء مطالبـة الدائن له بدين المدين امام القضـاء ·

الحالة الثانية ـ اذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقـدما عليه بما له من تأمين عينى :

وتفترض هـذه الحالة أن الموفى دائن والمستوفى دائن آخر يتقـدم عليـه وهـو اذ يتقـدم فانه يكون متقـدما بمـاله من تأمين عينى ليس للموفى · كما يمكن أن يتقـدم ولـو كان للموفى تأمين عينى ما دام فى مرتبـة أقـل · وقـد قرر المشرع الحلول للموفى فى هـذه الحالة حتى يمنع الدائن المتقـدم فى المرتبة من بيع المـال المحمل بالتأمين فى وقت غير مناسب لان الأسعار منخفضة مثلا ·

فلو كان (ا) مدينا لكل من ب ، جـ ، د بمبلغ نقـدى وكان حـق (جـ) مضمونا بتأمين عينى مثل الرهن · فان (جـ) يكون مقـدما على سـائر الدائنين فى استيفاء حقـه ممـا يجيز له بيـع المـال المرهـون واستيفاء حقـه من ثمنه بالأولوية · الا ان (ب) قـد يرى أن أثمـان العقارات منخفضة ويخشى ان يقـدم (جـ) على بيـع المـال المرهـون فى هـذا الوقت غير المناسب مما يضربه · فقـد لا يكفى الثمن المنخفض الا سـداد حـق الدائن صاحب التأمين ، الأمر الذى يلجـأ معـه (ب) الى اداء حـق (جـ) ويحـل محـله فيـه بمـاله من تأمين ، ويصير الموفى دائنا بدين مضمون بتأمين الى جانب كونه دائنا عاديا بدينـه الأصلى وهـو عادى غير مضمون ·

الحالة الثالثة ـ اذا كان الموفى قـد تملك شيئا وادى الدين لدائن خصص الشيء لضمان حقـــه :

وتتحقق هـذه الحالة اذا اشترى شخص ، شيئا ، والشيء مخصص لضمان حـق دائن فيقوم بدفـع ثمن الشيء لهـذا الدائن حتى يتجنب التنفيذ على المـال ويتحقق الوفاء · فالموفى على هـذا النحو ـ وعلى حـد تعبير المـادة ٣٩٤ مدنى كويتى ـ قـد تملك شيئا وادى الدين لدائن خصص الشيء لضمان

حقـه • أما النص المصرى المقابل من القانون المدنى وهـو نص المـادة ٣٢٦، فقـد كانت صياغته لهـذه الحالة للحلول القانونى كما يلى : « اذا كان الموفى قـد اشترى عقارا ودفـع ثمنـه لدائنين خصص العقار لضمان حقـوقهم » • وقـد استخدم المشرع المصرى كلمـة « عقـار » بخـلاف المشرع الكويتى الذى لم يخصص باستخدام كلمة « شـيئا » عقـارا كان هـذا الشىء أو منقولا •

الحالة الرابعة – وجـود نص خاص يقرر للموفى حـق الحلول :

من ذلك ما تقضى به المـادة ١/٨٠١ من القانون المدنى الكويتى[١٢] من أن المؤمن – فى التأمين من الاضرار – يحـل قانونا بمـا اداه من تعـويض فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل المسئول قانونا عن الضرر المؤمن منه •

---

(١٢) راجع ايضا حكم المـادة ٧٧١ مدنى مصرى فى هـذا الخصوص •

المطلب الثالث

آثار الحلول

٣١٥ – الطبيعة المزدوجة للوفاء مع الحلول :

أن الوقوف على آثار الحلول نتيجة الوفاء انما يحتاج الى تحليل لطبيعة هذه العملية برمتها • وفى هذا الصدد نقول أن العملية تلك تتضمن وفاء فى جانب منها • اذ لا شك فى استيفاء الدائن الأصلى حقه من الموفى ونتيجة ذلك بطبيعة الحال انقضاء الحق بالنسبة لهذا الدائن هذا من ناحية • ومن ناحية اخرى فان العملية المذكورة تتضمن ايضا – وهذا جانب ثان – انتقالا للحق • وتفسير ذلك أن قيام الموفى بالوفاء وان ترتب عليه انقضاء حق الدائن فلا يؤدى الى براءة ذمة المدين الأصلى وهو لم يقم بالوفاء وتظل ذمته مشغولة بالدين تجاه الموفى الذى يحل محل الدائن • وخلاصة ذلك ان الوفاء مع الحلول عملية مزدوجة فى طبيعتها ، وهى تنطوى على وفاء وانتقال للحق[١] ومن خلال التحليل المتقدم يسهل علينا تحديد آثار الوفاء مع الحلول •

٣١٦ – الأثر الجوهرى للحلول ونتائجه :

يتمثل الاثر الجوهرى للحلول سواء كان اتفاقيا أو قانونيا فى صيرورة الموفى دائنا للمدين بذات الحق الذى كان للدائن الذى استوفى حقه • وهذا الأثر الجوهرى – وترد عليه بعض القيود ويرتب عدة نتائج – ضمنه المشرع المادة ٣٩٦ مدنى كويتى (م• ٣٢٩ مدنى مصرى) اذ قال :

« من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن . كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع . ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من حل محل الدائن » •

ومن هذا يتضح انه يترتب على حلول الموفى دائنا بذات الحق الذى كان للمستوفى عدة نتائج نبرزها على النحو التالى .

---

(١٣) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 622, p. 654.
MAZEAUD : op. cit., n. 801, p. 854.

١ - ان الموفى وهو يحل محل الدائن المستوفى ، ينتقل اليه حق الأخير بماله من خصائص . فاذا كان الحق تجاريا انتقل كذلك . فالوفاء لا ينشيء للموفى حقا جديدا .

٢ - يكون للموفى أيضا حق الدائن المستوفى بما يلحقه من توابع ويعتبر تابعا للحق أن يكون للدائن المستوفى حق الطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البولصية أو أن يكون له حق الحبس ، حيث يكون للموفى الطعن بهذه الدعوى وتنتقل اليه العين المحبوسة من الدائن المستوفى[١٤] .

٣ - يكون للموفى أيضا أن يستفيد بما كان يضمن حق الدائن المستوفى من تأمينات ، سواء كانت شخصية مثل الكفالة أو عينية مثل الرهن .

٤ - يكون للموفى اضافة الى كل ما تقدم . حق الدائن المستوفى ومنا يرد عليه من دفوع فلو كان هذا الحق قد نشأ عن عقد باطل أو قابل للابطال ، كان للمدين التمسك بهذا الدفع فى مواجهة الموفى وهو الدائن الجديد كما كان له ذلك له ضد الدائن الأصلى الذى استوفى . واذا كان الحق المشار اليه قد انقضى لأى سبب مثل الوفاء أو التجديد أو المقاصة أو الابراء كان للمدين التمسك بدفع انقضاء الحق تجاه الموفى أيضا .

٣١٧ - القيود على حق الموفى فى الحلول :

وكما ألمحنا من قبل ، فان الأثر الجوهرى للوفاء مع الحلول ويتمثل فى حلول الموفى محل الدائن المستوفى ، ترد عليه بعض القيود :

١ - يكون حلول الموفى بالقدر الذى أداه . وقد تضمنت هذا القيد المادة ٣٩٦ مدنى كويتى سابقة الذكر (م . ٣٢٩ مدنى مصرى) . فلو قبل الدائن استيفاء منقوصا لحقه ورضى به وفاء كان حلول الموفى بهذا القدر الذى أداه من ماله ، ومن ثم لا يجوز له الرجوع بالقيمة الأصلية للدين وهى اكبر بالطبع . وفى هذا يختلف الموفى فى الوفاء مع الحلول عن المحال له فى حوالة الحق فالمحال له يرجع بكل الدين فهو مضارب اشترى الدين بقيمة اقل من قيمته الحقيقية ليرجع بقيمة الدين كله[١٥] .

---

(١٤) السنهورى ب الوسيط ، جـ ٢ ، رقم ٣٩٢ صفحة ٦٩٠ .

٢ ــ اذا كان الموفى ملزما بالدين مــع آخرين واوفى بالدين كله ، فانه يتقيد فى رجــوعه عليهم باستنزال حصته أولا ولا يرجــع على كل منهم الا بقــدر نصيبه ويتحقق ذلك فى حالة المدين المتضامن أو المدين مــع آخرين بدين لا يقبــل الانقســام ٠

٣ ــ اذا كان الموفى قــد ادى للدائن جزء من حقــه حــل محله فى حــدود هــذا الجزء وبقى الدائن مقــدما فى استيفاء الجزء الباقى من حقــه على الموفى الذى حــل فى الجزء المستوفى ٠ ونصت على ذلك المــادة ١/٣٩٧ مدنى كويتى (م٠ ١/٣٣٠ مدنى مصرى) ونرى أن ذلك يعــد تطبيقا للقيد الأول الذى يقيد رجــوع الموفى بالقــدر الذى اداه ٠ ويلاحظ هنا أنه يمكن ان يتقــدم شــخص آخر يقــوم بوفاء الدائن الجزء الباقى من حقــه بعــد الوفاء الأول ٠ ويحــل محــل الدائن فى هــذا الجزء ، وتصــدت لهــذا الغرض المــادة ٢/٣٩٧ مدنى كويتى (٢/٣٣٠ مدنى مصرى) اذ قالت : « اذا حــل شــخص آخر محــل الدائن فيما بقى له من حــق ، رجــع من حــل اخيرا هــو ومن تقــدمه فى الحلول كل بقــدر ما هــو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء » ٠

وتقــديرنا لذلك ، أن القاعــدة الواردة فى الفقرة الأولى بخصوص تقــدم الدائن بالجزء البــاقى له على من حــل أولا وان كانت قاعــدة مكملة يمكن الاتفاق على ما يخالف حكمها ، فان مقتضى الفقرة الثانية يمنع انتقال ميزة تقــدم الدائن على من حــل أولا ــ وهى الميزة المذكورة فى الفقرة الأولى ــ الى الشخص الذى قام بوفاء الدائن الجزء البــاقى وحــل ثانيــا ٠ فمــن حــل أولا ومن حــل ثانيا . كل منهما يرجــع بقــدر ما هــو مستحق له وتقــع بينهما قسمة الغرماء٠

٤ ــ اذا كان الموفى حائزا لعقار يضمن الوفاء بالدين وكان هناك حائزون آخرون لعقارات أخرى تضمن الوفاء بنفس الدين أيضا ، فان الحائز الموفى لا يكون له أن يرجــع على أى من هــؤلاء الحائزين الا بقــدر نصيبه فى الدين بحسب قيمة العقــار الذى يكون حائزا له ٠ ونصت على هــذا الحكم المــادة ٣٩٨ مدنى كويتى (م٠ ٣٣١ مدنى مصرى) ٠ وتقــديرى ، ان وضــع الحائز الذى أوفى بكل الدين على هــذا النحــو يشبه ــ من حيث كيفية رجــوعه على حائزين آخرين ــ وضــع المدين المتضامن الذى يفى بكل الدين على ما مر بنا فى القيــد الثــــانى ٠

٣١٨ ــ الوفاء فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المــالية :

أولا ــ بالنسبة لطرفى الوفاء حــددت المــادة ٣١١ المدنى بقــولها :

« ١ ــ يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء ٠

٢ ــ ويصح الوفاء أيضا ممن ليست له مصلحة فى الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته ، على انه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وابلغ للدائن هـذا الاعتراض ٠

٣ ــ وفى جميع الأحوال فانه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين ان ينفذ المدين الالتزام بنفسه » ٠

وهذه المادة المقترحة تطابق ٠ بحكمها المادة ٣٢٣ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما أن المادة المقترحة من المشروع تطابق فى حكمها أيضا المادة ٣٩١ من القانون المدنى الكويتى ٠ وغير صحيح ما جاء بالمشروع تعليقا على المادة المقترحة تلك من انها « تطابق فى حكمها المادة ٣٩٣ من التقنين المدنى الكويتى » ٠

ثانيا ــ وتواجه المادة ٣١٢ من المشروع شروط الموفى بقولها :

« ١ ــ يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشىء الذى وفى به ، وان يكون أهلا للتصرف فيه ٠

٢ ــ ومع ذلك فالوفاء بالشىء المستحق من ناقص الأهلية يكون صحيحا اذا لم يلحق الوفاء ضررا به » ٠

وهذه المادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٣٢٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما تطابق أيضا المادة ٣٩٢ من القانون المدنى الكويتى ٠ وغير صحيح ما جاء بالمشروع تعليقا على هذه المادة المقترحة من انها « تطابق المادة ٣٩٤ من التقنين الكويتى » ٠

اما المادة ٣١٣ من المشروع فتتضمن حكما مستحدثا يخص الوفاء من المدين فى مرض الموت ونصها كالآتى :

« ١ ــ اذا وفى المدين دين بعض الدائنين وهو فى مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، فأدى الوفاء بالدين الى الاضرار ببقية الدائنين ، فان الوفاء لا ينفذ فى حق هؤلاء الباقين » ٠

وفى رجوع الموفى اذا كان شخصا آخر غير المدين نصت المادة ٣١٤ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه ٠

٢ ـ ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير ارادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه ، كلا أو بعضا ، اذا ثبت أن له مصلحة فى الاعتراض على الوفاء » ٠

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٢٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما أنها تطابق ايضا المادة ٣٩٣ من القانون المدنى الكويتى وهو الأمر الذى أغفله المشروع فى التعليق على هذه المادة المقترحة ٠

ثالثا ـ وعن الوفاء مع الحلول ، اورد المشرع حالات الحلول القانونى فى المادة ٣١٥ ونصها كالآتى :

« اذا قام بالوفاء شخص آخر غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية :

(أ) اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه ٠

(ب) اذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بماله من تأمين عينى ولو لم يكن للموفى اى تأمين ٠

(جـ) اذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم ٠

(د) اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول » ٠

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٣٢٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠

وهى تطابق ايضا ٣٩٤ من القانون المدنى الكويتى ٠ وغير صحيح ما جاء بالمشروع تعليقا على هذا المادة المقترحة من أنها تطابق « المادة ٣٩٦ من التقنين الكويتى » ٠

وتواجه المادة ٣١٦ من المشروع الحلول الاتفاقى اذ قالت : « للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ،ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء » ٠

وهـذه المـادة المقترحة من المشروع تطـابق المـادة ٣٢٧ من القانون المدنى المصرى الحالى · كما تطـابق ايضا الفقرة الأولى من المـادة ٣٩٥ من القـانون المدنى الكويتى ·

وعلى ما اوضحنا من قبـل فى دراسـتنا للوفاء مـع الحلول فان النص المقترح السابق ذكره انمـا يعـالج صورة ضمن اثنتين للحلول الاتفـاقى ·

اما الصورة الثانية للحلول الاتفاقى ، فقـد نصت عليها المـادة ٣١٧ من المشروع بقـولها « يجـوز أيضا للمدين اذا اقترض مالا وفى به الدين إن يحـل المقرض محـل الدائن الذى استوفى حقـه ، ولو بغير رضـا هـذا الدائن ، على أن يذكر فى عقـد القرض أن المـال قـد خصص للوفاء ، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هـذا المـال الذى اقرضـه للدائن الجـديد » ·

والمـادة المقترحة هـذه تطـابق المـادة ٣٢٨ من القانون المدنى المصرى الحالى · وهى تطـابق ايضا الفقرة الثانية من المـادة ٣٩٥ من القانون المدنى الـكويتى ·

وتعالج المـادة ٣١٨ من المشروع آثار الحلول بصفة عامة ونصها كالآتى : « من حـل قانونا او اتفاقا محـل الدائن كان له حقـه بمـا لهـذا الحـق من خصائص ، وما يلحقـه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليـه من دفـوع · ويكون هـذا الحلول بالقـدر الذى اداه من حـل محـل الدائن » وهـذه المـادة المقترحة تطـابق المـادة ٣٢٩ من القانون المصرى الحالى · وهى تطـابق أيضا المـادة ٣٩٦ من القانون المدنى الكويتى ·

ولذا كان الأثر الجـوهرى للوفاء مـع الحلول يتمثل فى حلول الموفى محل الدائن المستوفى ، فقـد رأينا من قبـل أن هنـاك قيـودا على هـذا الأثر للحلول · وقـد وردت القيـود فى المشروع كما يلى :

القيـد الأول :

تضمنته المـادة ٣١٩ من المشروع ونصها كالآتى :

« ١ ـ اذا وفى غير المدين للدائن جزءا من حقـه وحـل محله فيـه ، فلا يضار الدائن بهـذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حـق مقـدما على من وفاه ، ما لم يوجـد اتفـاق يقضى بغير ذلك ؛

٢ ـ واذا حـل شخص آخر محـل الدائن فيما بقى له من حـق رجـع من حـل أخيرا هو ومن تقـدمه فى الحلول كل بقـدر ما هـو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء » ·

والمادة المقترحة هذه تطابق المادة ٣٣٠ من القانون المدنى المصرى الحالى • وتطابق أيضا المادة ٣٩٧ من القانون المدنى الكويتى •

التنقيح الثانى :

نصت عليه المادة ٣٢٠ من المشروع على النحو التالى :

« اذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار » •

والمادة تطابق المادة ٣٣١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق ايضا المادة ٣٩٨ من القانون المدنى الكويتى •

رابعا ـ وعن الموفى له :

نصت المادة ٣٢١ من المشروع على ما يأتى :

« يكون الوفاء للدائن أو لنائبه • ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، الا اذا كان متفقا على أن الوفاء يكون للدائن شخصيا » •

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٣٣٢ من القانون المدنى المصرى الحالى • وهى تطابق أيضا المادة ٣٩٩ من القانون المدنى الكويتى •

واذا كان الأصل أن الوفاء يكون للدائن أو لنائبه ، فقد تصدت المادة ٣٢٢ من المشروع لحكم الوفاء لغير الدائن أو نائبه اذ قالت : « اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه ، وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان هو الدائن الظاهر » •

وهذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣٣٣ من القانون المدنى المصرى الحالى مع ملاحظة استبدال عبارة « هو الدائن الظاهر » الواردة فى نهاية النص المقترح بعبارة « الدين فى حيازته » الواردة فى هذا النص الحالى • والمادة المقترحة تطابق أيضا المادة ٤٠٠ من القانون المدنى الكويتى •

خامسا – وفى الوفاء بارادة الموفى لرفض الدائن قبول الوفاء وتعنته :

أورد المشروع ما ينظم اجبار الدائن على الوفاء فى مادتين :

الأولى : المادة ٣٢٣ ونصها كالآتى : « اذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، أو اعلن انه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم اعذاره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض باعلان رسمى » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٤ من القانون المدنى المصرى الحالى . كما تطابق الفقرة الأولى من المادة ٤٠١ من القانون المدنى الكويتى .

الثانية : المادة ٣٢٤ وتنص على انه « اذا أعذر الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشىء ، أو تلفه ، وأصبح للمدين الحق فى ايداع الشىء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما صابه من ضرر » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٥ من القانون المدنى المصرى الحالى مع حذف عبارة « ووقف سريان الفوائد » الواردة فى هذا النص الحالى جريا على أحكام الشريعة الغراء فى تحريم الربا .

والمادة المقترحة هذه تطابق أيضا الفقرة الثانية من المادة ٤٠١ من القانون المدنى الكويتى .

سادسا – وفى حكم الايداع اذا كان محل الوفاء شيئا معينا بالذات :

نصت المادة ٣٢٥ من المشروع على انه « اذا كان محل الوفاء شيئا معينا بالذات ، وكان الواجب ان يسلم فى المكان الذى يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى ايداعه ، فاذا كان الشىء عقارا أو شيئا معينا للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة » .

ونص هذه المادة المقترحة يطابق المادة ٣٣٦ من القانون المدنى المصرى الحالى . كما يطابق أيضا ......

ولا يبدو ان للمادة المقترحة نظيرا فى القانون المدنى الكويتى .

اما المادة ٣٢٦ من المشروع فتتضمن حكما يخص ايداع الأشياء التى يسرع اليها التلف وتنص على ما يأتى :

« ١ - يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع اليها التلف ، أو التي تكلف نفقات باهظة في ايداعها أو حراستها وأن يودع الثمن خزانة المحكمة .

٢ - فاذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق أو كان التعامل فيه متداولا في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد الا اذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٧ من القانون المدني المصري الحالي . ولا يبدو أن النص المقترح نظيرا في القانون المدني الكويتي .

وقد أجاز المشروع الايداع من المدين مباشرة حال قيام مانع يحول دون تعرف المدين على الدائن الذي يجب الوفاء له . اذ نصت المادة ٣٢٧ من المشروع على ما يأتي : « يكون الايداع أو ما يقوم مقامه من اجراء جائزا كذلك . اذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الاجراء » .

وقد عرضنا لمثل هذا الحكم من قبل في دراستنا للمادة ٤٠٣ من القانون المدني الكويتي وهي تطابق النص المقترح في المشروع المصري . كما أن هذه المادة المقترحة أيضا تطابق المادة ٣٣٨ من القانون المدني المصري الحالي .

سابعا - وعن الايداع المسبوق بالعرض الحقيقي :

قالت المادة ٣٢٨ من المشروع « يقوم العرض الحقيقي بالنسبة للمدين مقام الوفاء ، اذا تلاه ايداع يتم وفقا لأحكام قانون المرافعات ، أو تلاه أي اجراء مماثل وذلك اذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٩ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٤٠٢ من القانون المدني الكويتي .

ونصت المادة ٣٢٩ من المشروع أيضا على ما يأتي :

« ١ - اذ عرض المدين الدين واتبع العرض بايداع أو باجراء مماثل جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله ، أو ما دام لم يصدر

حكم نهائى بصحته • واذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامنين •

٢ ـ أما اذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد ان حكم بصحته ـ وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، فانه لا يكون لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين » •

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٠ من القانون المدنى المصرى الحالى مع تعديل بسيط فى الألفاظ بالفقرة الثانية •

وهذه المادة المقترحة تطابق أيضا المادة ٤٠٤ من القانون المدنى الكويتى •

ثامنا ـ وفى محل الوفاء و موضوعه :

على نحو دراستنا له من قبل ، نجد المادة ٣٣٠ من المشروع تقرر القاعدة فى هذا الشأن وهى قاعدة وجوب الوفاء بالشىء المستحق أصلا ، وقد عرضنا لها فيما سبق • والمادة يجرى نصها على النحو التالى :

« الشىء المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شىء غيره ، ولو كان هذا الشىء مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى •

والمادة على هذا النحو تطابق المادة ٣٤١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٤٠٥ من القانون المدنى الكويتى •

وتقرر المادة ٣٣١ من المشروع فى هذا الشأن قاعدة عدم قبول الوفاء الجزئى ، ويجرى نصها على النحو التالى :

١ ـ لا يجوز للمدين ان يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك •

٢ ـ ولذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء •

وقد عرضنا فيما سبق للقاعدة الموجود فى مثل هذه المادة وما يرد عليها من استثناءات · وعلى اية حال فان هذه المادة انما تطابق المادة ٣٤٢ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق ايضا المادة ٤٠٦ من القانون المدنى الكويتى ·

تاسعا – وفى تعيين ما تم الوفاء به من الديون فى حالة تعددها ، نذكر بما ذكرناه من قبل فى هذا الشأن · ذلك انه اذا كان النطاق الحقيقى لقاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء فى حالة تعدد الديون والمدين واحد ، فان هذا الغرض يثير صعوبة فى تعيين ما تم الوفاء به من الديون المتعددة تلك ·

وقد تصدى المشروع لهذه الصعوبة فى المادة ٣٣٢ ونصها كالآتى : « اذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وتعويضات عن التأخير فى الوفاء وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من التعويضات ثم من أصل الدين · ما لم يتفق على غير ذلك » ·

وقد عرضنا لدراسة الموضوع من قبل فى القانون المدنى الكويتى والمصرى الحالى · ولا نتردد الآن فى القول بأن هذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٣ من القانون المدنى المصرى الحالى كما تطابق المادة ٤٠٧ من القانون المدنى الكويتى ·

مع ملاحظة أن المشروع قد حذف من مادته سالفة الذكر كلمة الفوائد الواردة فى نص القانون المدنى المصرى الحالى ، جريا على أحكام الشريعة التى تحرم الفوائد الربوية ·

وقد نصت المادة ٣٣٣ من المشروع لحالة أخرى من حالات تعدد الديون بحيث أن ما يؤديه المدين لا يفى بها جميعا · ونصها كما يأتى : « اذا تعددت الديون فى ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما أداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعا ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانونى او اتفاقى يحول دون هذا التعيين » ·

وقد درسنا فيما سبق حكم هذه الحالة ، مما يدفعنا الى القول بأن هذه المادة المقترحة انما تطابق المادة ٣٤٤ من القانون المدنى المصرى الحالى كما تطابق أيضا المادة ٤٠٨ من القانون المدنى الكويتى ·

ونصت المادة ٣٣٤ من المشروع على انه « اذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب اشدها كلفة على المدين فاذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن » ٠

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٤٠٩ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقد عرضنا لها من قبل ٠

عاشرا ـ وعن ظروف الوفاء :

تناول المشروع زمان الوفاء فى المادة ٣٣٥ ويجرى نصها على النحو التالى ٠

١ ـ يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ٠

٢ ـ على انه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية اذا لم يمنعه نص أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم ٠

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٣٤٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ والمادة المقترحة تلك تطابق ايضا المادة ٤١٠ من القانون المدنى الكويتى ، مع ملاحظة خلو نص المشروع وقد اشرنا الى ذلك من قبل فى مقارنة النص الأخير مع النص المدنى المصرى الحالى ٠

وهنا نود أن نذكر بالمادة ٢٥٩ من المشروع وتنص على أنه : « اذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة عين القاضى ميعادا مناسبا لحلول الأجل ، مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه »

وقد تكلم المشروع عن مكان الوفاء فى المادة ٣٣٦ ونصها كالآتى :

« اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز اعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال » ٠

وهذه المادة المقترحة من المشروع تقابل المادة ٣٤٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تقابل المادة ٤١٢ من القانون المدنى الكويتى . مع ملاحظة أن نص المشروع قد اوجب أن يكون تسليم الشيء المعين بالذات فى المكان الذى يوجد فيه وقت الوفاء بخلاف النصين الآخرين وقد أوجبا تسليم هذا الشيء فى المكان الذى كان يوجد فيه وقت نشوء الالتزام بتسليمه .

حادى عشر ــ أما عن نفقات الوفاء ، فقد نصت المادة ٣٣٧ من المشروع على أنه :

« تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » وهذه المادة تطابق المادة ٣٤٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، وتطابق المادة ٤١٣ من القانون المدنى الكويتى .

المبحث السادس

الوفاء فى الفقه الاسلامى

٣١٩ – يعد الوفاء سببا لانقضـاء الالتزام فى فقه الشريعة الاسلامية[1] وليس أدل على ذلك مما نصت عليه المادة ١٩٥ من مرشد الحيران من أن الديون تنقضى بايفائها ·

وسوف نتناول الوفاء فى الفقه الاسلامى فى نقاط تقترب من نظيرتها فى القانون المدنى التى عرضنا لها ، وغايتنا من ذلك أن يتحقق الانسجام فى العرض بالنسبة لبحث موضوع الوفاء بصفة عامة ونقسم دراستنا فى هذا المبحث الى عدة مطالب ·

المطلب الأول

طرفا الوفاء

٣٢٠ – الموفى :

الأصل أن يقوم المدين بالوفاء واستثناء على هذا الأصل ، جوز فقه الشريعة الاسلامية أن يكون الوفاء من شخص آخر غير المدين وتبعا لذلك ، فان الوفاء كما يكون من المدين نفسه ، يمكن أن يكون من نائبه ·

وفى هذا تنص المادة ١٩٦ من مرشد الحيران على ما يأتى : « يجوز وفاء الدين من المديون الأصيل ومن الكفيل ان كان له كفيل أو من شريكه ان كان الدين مشتركا » ·

ومن ذلك أيضا ما جاءت به المادة ٩٣٧ من مرشد الحيران من أنه « اذا دفع الوكيل بشراء ثمن المبيع من مالٍ نفسه للبائع فله الرجوع به على

---

(١) راجع الأعمال الكاملة للمرحوم أحمد ابراهيم بك (٢) الالتزام فى الشرع الاسلامى صفحة ٢٢٥ – ٢٢٦ ·

موكله • والمعنى الواضح لذلك أن المشترى هو المدين الأصلى بالثمن وقد وكل شخصا بالشراء ، جاز للوكيل أن يفى بالثمن باعتباره نائبا عن المشترى • وتطبيقا لذلك أيضـا تكلمت المـادة ١٢٧٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامـام احمـد بن حنبل عن قضـاء الوكيل دين موكله •

وكما يكون الوفاء من المدين أو نائبه ، يمكن أن يقع الوفاء أيضا من الغير وفى هذا تقول المـادة ١٩٧ من مرشد الحيران « يجوز وفاء الديون المطلوبة من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره » • كل ما هنالك ، انه اذا كان الغير قد قام بالوفاء بأمر المدين فالاتفـاق قائم فى الفقه الاسلامى على انه يكـون للمـوفى الرجوع على المدين بما أوفى • أما اذا كان وفاء الغير دون اذن المدين اختلف الرأى : ففى الفقه الاسلامى من ذهب الى القول بأنه يجـوز للموفى الرجـوع ومنهم الحنابلة فقـد جاء بالقواعـد لابن رجب الحنبلى انه : « اذا قضى عنه دينا واجبا بغير اذنه فانه يرجع به عليه فى أصـح الروايتين وهى المذهب عند الخرقى وأبى بكر والقاضى والأكثرين • واشترط القاضى أن ينـوى الرجوع ويشـهد على نيته عند الأداء فلو نوى التبرع أو أطلق النيـة فلا رجوع له واشترط أيضـا أن يكـون المدين ممتنعا عن الأداء ••••• وخالف فى ذلك صاحب المغنى »[2] وفى قول آخر يرى الأحناف انه لا رجوع للموفى بغير اذن المدين فقد نصت المـادة ٢٠٥ من مرشد الحيران على انه اذا قضى أحـد دين غيره بلا امرسقط الدين عن المديون سواء قبل أو لم يقبل ويكون الدافع متبرعا لا رجـوع له على المديون بشىء ممـا دفعـه بلا امره » •

واذا تم الوفاء على نحـو ما سبق ، فالأصـل أنه ليس للدائن أن يعترض على الوفاء واستثناء على ذلك جـوز فقـه الشريعة الاسلامية مثل هـذا الاعتراض اذا كان هنـاك اتفاق يقضى بوجـوب قيام المدين نفسه بالوفاء أو كانت طبيعة الالتزام تقضى ذلك • ومن تطبيقات ذلك ما قال به الحنابلة من أنه لا يجـوز للأجير الخـاص أن ينيب عنه غيره فى القيام بالعمل المطلوب منه ما دام العقـد يستوجب قيامه بالعمل بنفسه[3] • وتأكيدا لذلك نصت المـادة ٦١٤ من مجلة

---

(٢) القواعـد فى الفقـه الاسـلامى لابن رجب الحنبلى ، مشار اليه فيما سبق ، القاعـدة الخامسة والسبعون ، صفحة ٣٧ وجاء فى كشاف القناع « وكذا حكم من ادى عن غيره دينا واجبا كفيلا كان او اجنبيا ان نوى الرجـوع رجـع والا فـلا » كشاف القنـاع للبهوتى مشار اليه من قبل الجزء الثالث صـفحة ٣٧١ •

(٣) راجع القواعـد فى الفقـه الاسـلامى لابن رجب الحنبلى ، مشار اليه فيما سـبق ، القاعـدة التاسعة والستون صفحة ١٢٣ • وتطبيقا لذلك نصت المـادة ٦١٢ من مرشـد الحيران على انه « اذا اشترط على الظئر ارضاعها بنفسها فارضعته من غيرها فلا تستحق الأجرة » ونصت المـادة ٦٢١ من مرشـد الحيران أيضا على انه « لا يجـوز للصانع أو المقـاول الذى التزم فى العقـد العمل بنفسه أن يستعمل غيره » •

الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على انه « ليس للأجير الخاص أن ينيب عنه أحدا فيما استؤجر له » وعلة ذلك ان الأجير فى هذا النوع من عقود الاجارة غالبا ما يكون مقصودا بذاته ولمهارة أو خبرة توخاها فيه صاحب العقد .

ويتكلم الأحناف عن شروط الوفى ، فذكرت المادة ٢١٩ من مرشد الحيران أنه اذا كان المدين صغيرا مميزا أو كبيرا معتوها أو محجورا عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذى عليه صح دفعه وبرئت ذمته . وجاء بالمادة ٢٢١ من مرشد الحيران أيضا انه يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا لما دفعه .

واستخلاصا مما مر يمكننا القول أن القانون المدنى وهو يتكلم عن الموفى انما يتفق فيما قاله ، خاصة فى المادة ٣٩١ مدنى كويتى تقابلها المادة ٣٢٣ مدنى مصرى ، مع ما جاء به الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص .

٣٢١ ـ الموفى له :

الأصل أن يكون الوفاء للدائن فى الفقه الاسلامى يمكن أيضا أن يكون الوفاء لوكيله أو لمن له حق قبضه عنه وليس أدل على ذلك مما نصت عليه المادة ٢١٧ من مرشد الحيران حين قالت : « انما يصح دفع الدين لصاحب الدين أو وكيله أن كان صاحب الدين بالغا عاقلا غير محجور عليه فأن كان قاصرا أو كبيرا مجنونا او محجورا عليه لسفه فلا يصح دفع الدين اليه بل يدفع لمن له حق قبضه عنه من ولى أو وصى للصغير أو المجنون أو من قاض أو وصيه للسفيه المحجور عليه .

ومنتطبيقات ذلك أيضا ما جاء فى الأحكام العامة لشركات العقد فى مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل . فقد نصت المادة ١٨٣٨ من هذه المجلة على ما يأتى : « لكل من الشركاء أن يعمل ما هو من أعمال التجارة فله أن يبيع ويشترى ويقبض ويحيل ويحتال ويؤجر ويستأجر » .

ونصت المادة ١٨٣٩ من نفس المجلة أيضا على ما يأتى : « لكل من الشركاء أن يعمل ما هو من مصلحة التجارة فله .... المطالبة بالدين والخصومة فيه وحبس الغريم ولو ابى الشريك » .

ويظهر من النصين ان الشريك فى شركات العقد له حق استيفاء الدين وأساس ذلك انه يعد وكيلا عن الشركاء .

وعن شروط الموفى له ، تكلم الفقه الحنفى في المادة ٣١٨ من مرشد الحيران عن اهليته · اذ نصت على أنه اذا كان صاحب الدين قاصرا أو كبيرا مجنونا أو محجورا عليه لسفه ودفع المديون اليه الدين المطلوب له فلا يعتبر دفعه ·

والأصل عدم جواز امتناع الدائن عن قبول الوفاء فاذا امتنع كان للمدين ان يراجع الحاكم الذى يأمر الدائن بالقبض أو الابراء · فاذا استمر فى امتناعه قبض له الحاكم الدين · ونصت المادة ٢٠٩ من مرشد الحيران على انه اذا عرض المديون مبلغ الدين على غريمه فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر الى الحاكم ليأمره بقبضه وتأكيدا لذلك جاء فى القواعد لابن رجب الحنبلى : « لو اتاه الغريم بدينه فى محله ولا ضرر عليه فى قبضه فانه يؤمر بقبضه أو ابرائه فان امتنع قبضه له الحاكم وبرئ غريمه »[4] ·

ونستخلص مما سبق أن ما جاء به القانون المدنى بخصوص الموفى له وعرضنا له من قبل خاصة ما جاء بالمادة ٣٩١ مدنى كويتى (م· ٣٣٢ مدنى مصرى) لا يختلف عما جاء به الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص ·

---

(٤) القواعد فى الفقه الاسلامى لابن رجب الحنبلى ، مشار اليه فيما سبق ، القاعدة العاشرة بعد المائة ، صفحة ٢٤٥ · وجاء ايضا فى صفحة ٣٣ وبخصوص القاعدة الثالثة والعشرون « اذ أتاه الغريم بدينه الذى يجب عليه قبضه فأبى أن يقبضه قال فى المغنى يقبضه الحاكم وتبرأ ذمة الغريم لقيام الحاكم مكان الممتنع بولايته » ·

المطلب الثانى

موضـوع الوفاء

٣٢٢ ـ الوفاء بذات الشىء المستحق فى الفقـه الاسلامى :

يكون الوفاء بذات الالتزام الذى يثقـل كاهل المدين وفى هـذا تنص المـادة ٢٠٨ من مرشـد الحيران على ما يأتى :

« رب الدين اذا ظفر بجنس حقـه من مال مديونه أو من مال كفيله وهـو على صفته فـله أخـذه بلا رضاه » ٠

وكما عرضنا من قبل فى شأن التنفيذ العينى فى الفقـه الاسلامى فان الأصل هـو تنفيذ ذات الالتزام الذى التزم به المدين ٠ ومن التطبيقات التى ذكرناها فى هـذا عند الحنابلة ما جاءت به مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل فى خصوص الغصب ٠ اذ جاء بالمـادة ١٣٧٨ انه يجب على الغاصب رد المغصوب لمـالكه ولا يجبر على قبـول عـوضه ٠

ونصت المـادة ١٣٨٤ من نفس المجلة على انه « لا يقبل من الغاصب دفـع قيمة المغصوب الا اذا تعـذر رده عينا » وفحـوى ذلك كما ألمحت منذ قليل التزام المدين بأداء ما هـو ملتزم به ولا يجـوز اللجوء الى البدل الا اذا تعـذر الأصل ونستخلص من ذلك ـ بخصوص موضوع الوفاء ـ ان الوفاء يكون بذات الشىء المستحق دون سـواه ، وهـذا هـو الأصـل فى الفقـه الاسلامى ٠ ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليـه مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل فى المـادة ٣٥٨ من أن « النقـود تتعين بالتعيين فى العقـود ٠ فاذا اشترى بنقـود معينة أشار اليها لزمه تسليمها عينا » ٠

ونصت المـادة ٢٢٢ من مرشـد الحيران على انه « اذا كان الدين المطلوب ثمن مبيع وصـار تعيينه فى العقـد وهـو ممـا يتعين بالتعيين فليس للمديون ان يدفـع غيره وان كان ممـا لا يتعين بالتعيين كالنقـود وعين فى العقد فللمدين دفـع مثله وان لم يرض الدائن » ٠ والنص يمثل وجهة نظر الأحناف[1] ٠

---

(١) راجع ايضا حكم المـادة ٤١٨ من مرشـد الحيران ونصها كالآتى :
« اذ بين وصف الثمن فى العقـد لزم المشترى ان يؤديه من صنف النقود الموصوفة » ٠

وقاعدة وجوب الوفاء بالشيء المستحق فى الفقه الاسلامى - وهى ما أخذ بها القانون المدنى الكويتى والمصرى على ما ذكرنا - تظهر اكثر فيما اذا كان التزام المدين هو التزام بعمل . اذ يلتزم بالقيام بالعمل المكلف به دون غيره . من ذلك ما جاء بالمادة ٦٠٣ من مرشد الحيران فيما يتعلق بالأجر الخاص وقد حظرت عليه أن يشتغل بشيء آخر غير المكلف به فى العقد .

٣٢٣ - عدم قبول الوفاء الجزئى :

واذا كان يبين لنا مما تقدم ان الوفاء يجب - فى الفقه الاسلامى - بذات الشيء المستحق ، فانه يتعين ان يكون به كله فالأحناف لا يجبرون على قبول جزئيء لحقه . وفى هذا تنص المادة ٢١٥ من مرشد الحيران على أنه : « اذا كان الدين حالا فليس للمديون أن يجبر صاحبه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلا للتبعيض » وهو ما أخذ به القانون المدنى الكويتى والمصرى بشأن الوفاء الجزئى على ما مر بنا .

٣٢٤ - تعيين ما تم الوفاء به من الديون فى حالة تعددها :

ويلاحظ انه فى الغرض الذى تتعدد فيه ديون المدين لدائن واحد فى الفقه الاسلامى فانه على الرغم من أن الأمر يخرج عن الوفاء الجزئى الذى يتحدد بحالة يكون فيها الدين واحدا ، فان فرض التعدد يثير صعوبة فى هذا الفقه بشأن تعيين ما تم الوفاء به من الديون المتعددة هذه اذا كان ما لدى المدين لا يكفى للوفاء بها جميعا .

فى هذا نرى رأى الأحناف ، وقد أخذ به القانون المدنى الكويتى والمصرى كما عرضنا للوضع فيهما ، تجسده المادة ١٣٥ من مجلة الأحكام العدلية وقد نصت على ما يأتى : « اذا اعطى من عليه ديون مختلفة لدائنه مقدارا من الدين فالقول له فيما اذا ادعى انه اعطاه محسوبا من دينه الفلانى » . وفى هذا نصت المادة ٢١٦ من مرشد الحيران على ما يأتى :

« اذا دفع المديون أحد دينين واجبين فى ذمته ...... يعتبر قول المدين فى تعيين نوع الدين الذى دفعه » .

والمعنى الواضح للنصين يؤدى بنا الى القول بأنه اذا تعددت ديون المدين لدائن واحد وكان ما دفعه لا يكفى للوفاء بها جميعا ، فالعبرة بقول المدين الذى يعين الدين الذى تم الوفاء به . وتطبيقا لذلك فلو كان أحد الدينين قرضا والآخر ثمن مبيع ودفع المدين مبلغا يكفى لوفاء أحدهما فللمدين أن يعين ما تم الوفاء به منهما .

وجاء فى الاشباه والنظائر لابن نجيم فى هـذا الخصوص ما يلى : « فلو كان عليه دينان من جنس واحـد فدفـع شيئا مالتعيين للدافـع الا اذا كان من جنسين لم يصح تعيينه من خـلاف جنسه »(٢) ٠

وتبعـا لذلك فلو تعـددت ديون المدين لدائن واحـد ، وما دفعـه المدين لا يكفى للوفاء بها كلها فان تعيين ما تم الوفاء به من هـذه الديون يكون كما يلى : اذا كانت الديون المتعـددة من جنس واحـد كان تعيين الدين الذى تم الوفاء به للدفـع اى المدين ٠ اما اذا ختلف جنسها ، كان تعيين الدين المدفـوع متوقفـا ليس على تعيين المدين ، وانمـا على جنس المدفـوع اذ يعتبر المـال المدفـوع من اصـل ما هـو من جنسه من هـذه الديون ٠ مثال ذلك ، لو كان على شـخص لآخر دينان بمبلغ نقـدى ، احـدهما ثمن شىء اشتراه والآخر مبلغ قرض فاذا دفـع المدين مبلغا كان له أن يعين الدين الذى تم الوفاء به ثمن الشراء أو مبلغ القرض ٠ وتطبيقا لذلك أيضا فانه لو كان على شخص لآخر دينان ، احـدهما مبلغ نقـدى والآخر تسليم شىء فان تعيين ما تم الوفاء به منهما متوقف على جنس المدفـوع ٠ فاذا كان مبلغا نقـديا ، كان الموفى به الدين النقـدى لأن المدفـوع من جنسه ٠ وبخصوص البيع ، نصت المـادة ٣٦١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على أن : « البيع المطلق يقتضى تعجيل الثمن وتسليمه فى مجلس العقـد » واذا كان لهـذا النص من معنى نستدل به فى هـذا المقام ، فان النص واضح فى تأكيد حرص الحنابلة على وجـوب الوفاء بالالتزام فـور نشوئه فاذا لم يتحـدد أجـل الوفاء فى البيع بأن جاء البيع مطلقا تعين أعمال الأصل ماثل فى وجـوب الوفاء بالالترامات الناشئة عنه ، وفـور نشوئها وهـذا المعنى ما أكده الأحناف كما ينبىء نص المـادة ٤٢٣ من مرشـد الحيران اذ قالت : البيع المطلق الذى لم يذكر فى عقـده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلا ويدفـع فى الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعادتها أن يكون الدفـع مؤجـلا أو مقسطا بأجـل معلوم فان كان كذلك يلزم وهـذه الحلول فى الفقـهالاسلامى لتعيين ما تم الوفاء به من الديون فى حالة تعـددها فى ذمة المدين لدائن واحـد ، يقترب منها ما تبناه المشرع المدين من حلول فى هـذا الصدد ، سواء فى الكويت (م٠ ٤٠٨ ، ٤٠٩) أو فى مصر (م٠ ٣٤٤ ، ٣٤٥) ٠

---

(٢) الاشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٠ هـ ــ ١٩٨٠ م ٠ ب كتاب المداينـات صفحة ٣٦٥ ٠

المطلب الثالث

ظروف الوفاء

٣٢٥ – أولا – زمان الوفاء :

يبدو لنا ، ان القاعدة فى الفقه الاسلامى هى وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ، ما لم يتحدد أجل الوفاء بالاتفاق صراحة أو دلالة . ونقدم فى التدليل على وجود مضمون هذه القاعدة فى الفقه الاسلامى تطبيقا من عدة .

ففى البيع ، وعند الحنابلة ، نصت المادة ٣١١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على ان « البيع المطلق يقتضى تعجيل الثمن وتسليمه فى مجلس العقد » . واذا كان لهذا النص من معنى نستدل به فى هذا المقام ، فان النص واضح فى التأكيد على وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه . فاذا لم يتحدد أجل الوفاء فى البيع بأن جاء مطلقا تعين أعمال الأصل ماثل فى وجوب الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وفور نشوئها . وهذا المعنى اكده الأحناف كما ينبىء نص المادة ٤٢٣ من مرشد الحيران اذ قالت : « البيع المطلق الذى لم يذكر فى عقد تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلا ويدفع فى الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعادتها أن يكون الدفع مؤجلا او مقسطا بأجل معلوم فان كان كذلك يلزم اتباع العرف والعادات الجارية »(٣) .

واستثناء على القاعدة المتقدمة ، أجاز الفقه الاسلامى منح المدين نظرة ميسرة . والفقه الحنفى واضح فى ذلك . فقد نصت المادة ٢١٥ من مرشد الحيران على انه « ... اذا كان المديون معسرا لا يمتلك شيئا لوفاء كل الدين يجوز له (صاحب الدين) امهاله وينظر الى ميسرته » . هذا بخصوص الوفاء بالديون بصفة عامة . وتضمنت المادة ٤٨٨ من مرشد الحيران ايضا تطبيقا لما جاء فى النص السابق حين قات :

---

(٣) راجع المادة ٢٥١ من مجلة الأحكام العدلية وتقدم نفس الحكم .

راجع ايضا المادة ٥٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية ونصها كالآتى : « ابتداء مدة الاجارة يعتبر من الوقت الذى سمياه فى العقد ، وعند عدم ذكره يعتبر من حين العقد » .

« لا يجـوز للقاضى ان يمهل المشترى فى دفـع الثمن للبائع ما لم يكن للمشترى معسرا لا يقـدر على الوفاء فينتظر الى الميسرة » . وعند الحنـابلة قال صاحب المغنى[4] « ان من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم .... وان لم يجـد له مالا ظاهرا فادعى الاعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب انظاره ولم تجز ملازمته لقـول الله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظره الى ميسرة » .

واستخلاصا ممـا تقـدم يمكننا القـول أن القانون المدنى يتفق مـع الفقـه الاسلامى فى وجـوب الوفاء بالالتزام فـور نشوئه ما لم يتحـدد أجـل لهـذا الوفـاء .

وهـذا ما عرضنا له من قبـل بخصوص المـادة ٤١٠ من القـانون المدنى الكويتى ، وتطـابق المـادة ٣٤٦ من القانون المدنى المصرى .

٣٢٦ ـ ثانيا ـ مكان الوفاء :

فى تعيين مكان الوفاء ، نرى رأى الحنفية كما تنبىء به المـادة ٢٢٣ من مرشـد الحيران ونصـها كالآتى :

« محـل الوفاء هـو المكان الذى تعين فى العقـد اذا كان الشىء الملتزم بتسليمه ممـا له حمـل ومؤونه كالمكيلات والموزونات والعروض ونحـوها فان كان العقـد مطلقا لم يعين فيـه مكان التسليم يسلم الشىء فى المكان الذى كان موجـودا به وقت العقـد »[5] .

---

(٤) المغنى للامام العلامة موفق الدين أبى محمد بن عبد الله بن احمد بن محمد بن قـدامه ، الجزء الرابع ، مشار اليه من قبـل صفحة ٥٠٢ .

وقارن : المـادة ٤٦٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل ونصها كالآتى :

« اذا ظهر المشترى مفلسـا أو معسرا ولـو ببعض الثمن فللبائع خيـار الفسخ والرجـوع بعين ماله ولا يلزمه أن ينظره » .

(٥) ونصت المـادة ٢٨٥ من مجلة الاحكام العـدلية على أن « مطلق العقـد يقتضى تسليم المبيع حيث يوجـد وقت العقـد » ونصت المـادة ٢٨٧ من المجلة ايضا على انه « اذا بيع مال على ان يسلم فى محل كذا لزم تسليمه فى ذلك المحل » .

وتنص المـادة ٣٤١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد ابن حنبل على أن « مقتضى العقـد تسليم المبيع فى مكان العقـد اذا كان محله اقامة » ونصت المـادة ٣٤٢ من هـذه المجلة على انه « لو شرط العاقـد تسليم المبيع فى مكان معين معلوم فمؤنته ايصاله الى ذلك المكان على البائع » .

والنص واضح – على ما نعتقد – فى التفرقة بين فرضين بشأن مكان الوفاء : الفرض الأول : أن يتعين مكان الوفاء فى العقد اذ يجب على المدين ان يقوم بالوفاء فى هذا المكان اذا كان الدين مما لحمله مؤونه مثل المكيلات والموزونات والعروض · الثانى : وفيه يكون العقد مطلقا لم يعين فيه مكان الوفاء · وللمدين هنا أن يقوم بالوفاء ويسلم الشىء فى المكان الذى كان موجودا به وقت العقد اى أن مكان الوفاء يتحدد بمكان وجود الشىء وقت نشوء الالتزام بتسليمه على عاتق المدين بغض النظر عن مكان وجود هذا الشىء وقت وجوب الوفاء ·

ومن تطبيقات ذلك ، ما نصت عليه المادة ٤٨٥ من مرشد الحيران بخصوص أداء الثمن فى البيع وجاء بها أنه « اذا كان مكان اداء الثمن معينا فى العقد » · كان التعيين صحيحا ولزم الأداء فيه اذا كان هذا الثمن مما له حمل ومؤونه · أما « اذا كان الثمن مما لا حمل له ولا مؤونه » كان هذا التعيين غير صحيح · وهناك يرى البعض أن الفقه الحنفى يجيز للبائع أن يطالب المشترى بالثمن اين شاء[6] ·

ومن التطبيقات ايضا ، ما جاء بمجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل بخصوص مكان الوفاء بالقرض · فقد نصت المادة ٧٤٣ من هذه المجلة على انه « لا يجوز اشتراط القضاء ببلد آخر اذا كان القرض مما لحمله مؤونه أما اذا لم يكن لحملة مؤونه فيصح الشرط ، فلو أقرضه نقودا على أن يكتب له بها سفتجه أو يدفع مثلها نفقة لأهله فى بلد آخر جاز ولا يصح ان يأخذ عليها شيئا » · واذا كان لنا أن نستخلص من النص ،

---

(٦) راجع فى هذا الرأى صبحى محمصانى ، المرجع السابق صفحة ٥٤٨ وهامش رقم ٢١١ من نفس الصفحة ·

راجع ايضا : سليم رستم باز شرح المجلة مشار اليه فيما سبق ، صفحة ١٤٨ واما اذا شرط دفع الثمن فى محل كذا فلا يعتبر الشرط اذ الثمن للبائع فى اى محل وجده وان كان للثمن حمل ومئونة فالشرط حينئذ معتبر ·

(٧) وقريب من ذلك ايضا ما جاءت به مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل من احكام تتعلق برد المغصوب اذ نصت المادة ١٣٧٨ على انه « يجب على الغاصب رد المغصوب لمالكه فى المحل الذى غصبه فيه ان قدر عليه ···· » ونصت المادة ١٣٨٠ على انه « اذا نقل الغاصب المغصوب الى مكان آخر فطلب الغاصب منه رده الى مكان الغصب أو الى مكان فى بعض طريقه او ابقاءه بالمحل الذى نقله اليه لزم الغاصب ذلك ، ومهما اتفقا عليه من التسليم فى مكان آخر او من المعاوضة فى أجرة الرد صح » ·

فانه يمكننا القول بأن الأصل أن يكون الوفاء بالقرض فى مكان أو بلد الاقراض وينبنى على هذا الأصل ، أنه لا يجوز أن يشترط فى القرض أن يتم الوفاء به فى بلد آخر غير بلد الاقراض(٧) الا أن النص فرق بين أمرين :

الاول : وفيه يكون القرض مما لحمله مؤونه ولم يجوز الحنابلة الشرط المذكور ٠

الثانى : وجوز فيه الحنابلة الشرط المشار اليه اذ لم يكن لحمل القرض مؤونه كما لو كان مبلغا نقديا(٨) ٠

٣٢٧ ـ ثالثا ـ نفقات الوفاء :

تكون نفقات الوفاء فى الفقه الاسلامى على المدين ٠ وهو ما أخذ به المشرع فى المادة ٤١٣ من القانون المدنى الكويتى والمادة ٣٤٨ مدنى مصرى ٠

ومن تطبيقات ذلك عند الأحناف(٩) ما ذكرته المادة ٢٨٨ من مجلة الأحكام العدلية وقد نصت على أن « المؤونه المتعلقة بالثمن تلزم المشترى فيلزمه وحده أجرة عد النقود ووزنها وما اشبه ذلك » ٠

ونصت المادة ٢٨٩ ايضا على أن « المؤنه المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البائع وحده فأجرة الكيال للمكيلات والوازن للموزونات المبيعة تلزم البائع وحده » ونصت المادة ٢٩٠ من هذه المجلة أيضا على أن « الأشياء المباعة جزافا مؤنتها ومصاريفها على المشترى » ٠

وعند الحنابلة لا يختلف الأمر أيضا اذ المدين يتحمل نفقات الوفاء فقد نصت المادة ٣٤٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل

---

(٨) قارن عند الحنفية ، المادة ٨٠٣ من مرشد الحيران ونصها كالآتى :

« يجوز الاستقراض ووفاء القرض فى بلد أخرى من غير اشتراط ذلك فى العقد » ٠

(٩) نصت المادة ٤٦٦ من مرشد الحيران على ان « المصاريف المتعلقة بالثمن كعده ووزنه تلزم المشترى وحده وكذلك مصاريف الحمل » ونصت المادة ٤٦٧ على ان : « على البائع مصاريف التسليم كأجرة الكيل والوزن والقياس ونحوه » ٠ ونصت المادة ٤٦٨ على ان « أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم المشترى » ٠

(م٠ ٢٩٢) من مجلة الأحكام العدلية ٠

على أن « مؤنة توفية الثمن على المشترى فعليه أجرة النقاد والعداد للثمن قبل القبض · أما لو أتى البائع بعد قبضه بنقاد ليتحقق المعيب أو الزائف ليرده فأجرته عليه ولا تلزم المشترى » ·

ونصت المادة ٣٤٤ من هذه المجلة ايضا على أن « مؤنة توفية المبيع على البائع ···· فتلزمه أجرة كيال ووزان وعداد وذراع فيما بيع على ذلك الوجه »(١٠) ·

واذا كان الأصل فى الفقه الاسلامى كما رأينا أن نفقات الوفاء على المدين ، الا أن هناك حالات لا يلتزم فيها المدين بنفقة الوفاء · وهى حالات لا يكون المدين فيها ملتزما أصلا الا بتمكين صاحب الحق من القبض · من ذلك عند الأحناف ما نصت عليه المادة ٧٩٤ من مجلة الاحكام العدلية بخصوص نفقات رد الوديعة « يلزم رد الوديعة الى صاحبها اذا طلبها ومؤنة الرد والتسليم عائدة على المودع » · فالمودع وهو صاحب الوديعة والدائن بالتزام الوديع بردها ، يتحمل نفقات الرد حتى لو كان الوديع وهو المدين بالرد قد نقل الوديعة من محل الى آخر أو كان قد سافر بها الى موضع يجوز له السفر بها اليه ، كانت مؤنة الرد على صاحب الوديعة(١١) ·

وعند الحنابلة ، نجد المادة ١٣٤٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل واضحة كل الوضوح فى هذا الخصوص · فقد نصت على أن « مؤونة رد الوديعة وحملها على مالكها وليس على الوديع الا تمكينه من أخذها » ·

وعلى هذا النحو ، فالمدين عند الحنابلة ، لا يلتزم اصلا فى مثل هذه الحالة الا بتمكين الدائن من القبض ·

---

(١٠) راجع ايضا ما نصت عليه مجلة الأحكام الشرعيه على مذهب الامام احمد بن حنبل بخصوص نفقات رد المغصوب · اذ نصت المادة ١٣٧٩ على ان « مؤونة رد المغصوب على الغاصب ولو بلغت أضعاف قيمته ······· » ·

(١١) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه فيما سبق ، صفحة ٤٤٠ ·

الفصــل الثانى

انقضاء الالتزام بمــا يعادل الوفاء

٣٢٨ - تقســـيم :

ذكرنا أن الالتزام يمكن ان ينقضى بعــدة طرق أخرى غير الوفاء به • وقلنا ان من هــذه الطرق ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء • وهــذه الطرق هى الوفاء بمقابل والتجــديد والانابة فى الوفاء والمقاصة واتحاد الذمة • وعلى ذلك فانقضاء الالتزام بمــا يعادل للوفاء يعنى الانقضاء باحــدى الطرق السابقة التى توفر للدائن ما كان يحصل عليه لو انقضى الالتزام بالوفاء •

وسوف ندرس هــذه الطرق فى القانون المدنى ونخصص لكل منها مبحثــا مستقلا • وننهى دراستنا لهــا بمبحث أخير نتناول فيه بعض هــذه الطرق فى الفقــه الاســلامى •

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

DATION EN PAIEMENT

٣٢٩ ـ اولا ـ ماهية الوفاء بمقابل :

تناول المشرع المدنى ماهية الوفاء بمقابل ، فى المادة ٤١٤ من القانون المدنى الكويتى اذ قال : « اذا قبل الدائن فى استيفاء حقه شيئا آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء »(١) ·

وعلى ذلك يمكننا القول بأن الوفاء يكون بمقابل اذا رضى الدائن وهو بسبيل استيفاء حقه بشيء آخر غير الشيء المستحق أصلا · والصورة الشائعة لذلك ان يكون المدين ملتزما بأداء مبلغ نقدى ويقدم شيئا آخر عوضا عنه كنقل ملكية شيء(٢) ·

ويشترط لتحقيق الوفاء بمقابل شرطين اساسيين :

الشرط الأول ـ التراضى على الوفاء بمقابل :

وفحواه اتفاق طرفيه وهما الدائن والمدين · فالدائن لا يجبر فى استيفاء حقه على قبول شيء آخر غير الشيء المستحق أصلا هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى فانه لا يمكن ـ وبنفس القدر ـ اجبار المدين على الوفاء بمقابل ·

اما عن مضمون هذا التراضى ، فانه يتمثل فى وجوب اتفاق الطرفين على أن يكون المقابل الذى يستوفيه الدائن عوضا عن الأداء المستحق أصلا عبارة عن نقل ملكية شيء أو انشاء حق عينى آخر(٣) · فلو قدم المدين

---

(١) راجع المادة ٣٥٠ من القانون المدنى المصرى ·

(٢) SAVATIER : op. cit., n. 318, p. 386.
V. aussi : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 590, n. 630.
MAZEAUD : op. cit., n. 890, p 884.

(٣) La dation en paie ment est subordonnee a un Transfert de propriete ou de droit reel

فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق رقم ٣٤٤ صفحة ٣٩٨ وقارن : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق رقم ٣٧٤ صفحة ٣٧٢ ·

عـوضا عن الأداء المستحق اصـلا وكان عبارة عن القيام بعمل – والفرض أنه ليس نقـل ملكية ـ أو كان عبارة عن دين فى ذمة الغير لأصبح الأمر خـارج نطـاق الوفاء بمقـابل · اذ الأمر يخص تجـديد الدين بتغيير محله فى الحـالة الاولى ويخص الحـوالة فى الحالة الثانية ·

الشرط الثانى – استيفاء الدائن للمقـابل فـورا :

يجب ان يحصل الدائن على ما رضى به عـوضا عن الأداء المسـتحق أصلا · اذ لا يكفى تراضى الدائن والمدين على الوفاء بمقابل بالاتفـاق على نقـل ملكية شىء أو حـق عينى آخر الى هـذا الدائن ، بل يتعين تنفيذ هـذا الاتفاق فـورا · فاذا طرأ التأجيل على تنفيذه أصبحنا بصدد تجـديد للدين يتم بتغيير محله ولا نكون أمام وفاء بمقـابل ، وهى نتيجة نصـل اليها أيضا لو كان الشىء محـل الملكية شيئا مستقبلا(٤) ·

٣٣٠ – ثانيا – التكييف القـانونى للوفاء بمقـابل :

يتنازع مسألة التكييف هـذه عـدة اتجاهات(٥) :

الاتجاه الأول – ويرى فى الوفاء بمقـابل تجـديدا للالتزام بتغيير المحـل :

Novation par changement d'objet

وهـو ما اخـذ به القـانون الألمـانى وفحـوى هـذا الاتجاه تتمثل فى أن الوفاء بمقـابل يكون ـ ابتداء – عبارة عن اتفـاق بين الدائن والمدين على تغيير المحل الأصلى للالتزام بمحـل آخر جـديد · وهـذا هـو التجـديد ويؤدى الى انقضاء الالتزام الأصلى بتأميناته وينشأ التزام جـديد يجب الوفاء به ويكون ذلك بتقـديم المدين لمقابل آخر عـوضا عنـه(٦) ·

ويكفينا فى عـدم قبـول هـذا التكييف أن تبرز اختـلافا فى المـاهية بين التجـديد والوفاء بمقـابل · فالتجـديد يؤدى الى انقضاء التزام قـديم ونشوء آخر جـديد محله ولم يبـق أمامنا سوى هـذا الالتزام بمحله الجـديد لا يمكن القـول بأن هـذه العملية تتضمن وفاء من قريب أو بعيد · كل ما هنالك انه

---

(٤) MAZEAUD : op. cit.,

(٥) راجع فى بسط هـذه الاتجاهات :
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 590, p. 630-632.
MAZEAUD : op. cit., n. 891-895, p. 884-886.

(٦) وهـذا الاتجاه ما اخـذت به مذكرة المشروع التمهيدى للقـانون المدنى المصرى · راجع الأعمال التحضيرية جـ ٢ ، صفحة ٢٣٧ ·

يتعين على المدين الوفاء بالالتزام الجديد • أما فى الوفاء بمقابل • فأنه لا يكفى فيه مجرد رضاء الدائن بالمقابل الجديد عوضا عن الأداء المستحق اصلا ، ولا يكفى فيه ايضا مجرد التزام المدين بتقديم هذا المقابل ، بل يتعين حصول الدائن عليه فعلا وهذا شرط أساسى فى الوفاء بمقابل ، لا شك يختلف به عن التجديد ويكفى فيه مجرد التزام المدين بالوفاء بالالتزام الذى نشأ جديدا دون الوفاء به فعلا • وقد أجمل الاستانه مازو كل ما تقدم فى عبارة موجزة مؤداها : انه ما دام هناك وفاء فلا يتصور الحديث عن نشوء التزام ثان جديد(٧) •

الاتجاه الثانى – ويرى فى الوفاء بمقابل بيعا تعقبه مقاصه :

فلو كان المدين ملتزما بدفع مبلغ نقدى أصلا وتعذر عليه أداء المبلغ وقدم بدلا منه ملكية شىء وقبل الدائن ، كان ذلك وفاء بمقابل الا أنه يعنى فى نفس الوقت أن المدين قد باع للدائن شيئا بثمن يعادل قيمة الدين الأصلى • ثم تقع مقاصة بين هذا الثمن الذى يستحقه المدين لقاء ما باع من ناحية والدين الذى يستحقه الدائن من ناحية أخرى • وينقضى كلاهما بها •

وتقديرى أن هذا الاتجاه لا يمكن قبوله نظرا لأنه يترتب نتيجة لا تقنع احدا • اذ يضيق من يطاق الوفاء بمقابل ويحصره فى حالة ما اذا كان الالتزام الأصلى فى ذمة المدين يتمثل محله فى مبلغ نقدى • فهو الفرض الوحيد الذى يمكن القول فيه بأن الوفاء بمقابل يعد بيعا • صحيح أنه الصورة الشائعة للوفاء بمقابل لكنه ليس الصورة الوحيدة • فلو فرضنا أن المدين ملتزم أصلا بالقيام بعمل واتفق مع الدائن على الوفاء بمقابل بتقديم ملكية شىء ، ففى هذا الفرض يستحيل تكييف الوفاء بمقابل على أنه بيع • وعلة ذلك ترجع ببساطة الى انعدام ركن أساسى فى البيع وهو الثمن النقدى(٨) •

الاتجاه الثالث :

ويرى فى الوفاء بمقابل مزيجا من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية • وهو ما اخذ به – على ما يبدو لنا – المشرع المدنى الكويتى فقد

---

(٧) MAZEAUD : op. cit., n. 892, p. 885.

راجع فى نقد هذا الاتجاه ايضا : عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق رقم ٣٤٦ ص ٣٩٩

(٨) فى هذا المعنى ، عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٦ ، صفحة ٤٠٠

راجع فى نقد هذا الاتجاه ايضا : السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٢٤٧٨ ، ٨٠٢ •

جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع هـذا القانون انه « ويترتب على الوفاء بمقابل نقـل ملكية شئ من ذمة المدين الى ذمة الدائن وفاء لالتزام سـابق بينهما فهو بهـذه المثابة تجـديد بتغيير الالتزام يتبعـه ويمتزج به الوفاء بالالتزام الجديد على الفـور »[٩] ٠

٣٣١ ـ ثالثا ـ آثار الوفاء بمقـابل :

نص التقنين المدنى الكويتى فى المـادة ٤١٥ (م٠ ٣٥١ مدنى مصرى) على احكام تهيمن على الوفاء بمقـابل فى انتاجـه لآثاره والنص كالآتى « يسرى على الوفاء بمقـابل من حيث انه ينقـل ملكية الشئ الذى أعطى فى الدين ، أحكام البيع ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقـدين وضمان الاستحقاق وضمان العيـوب الخفية ٠ ويسرى عليه من حيث انه يقضى الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين الخصم فى الوفاء من الديون المتعـددة وبانقضاء التأمينات » ٠

والمعنى الواضح للنص ، يؤدى بنـا الى القـول ان المشرع وهـو يتناول احكام الوفاء بمقـابل ، قـد أخـذ فى اعتباره ، وفى المقـام الأول ، أن المقـابل يجب أن يكون نقـل ملكية شئ أو أى حـق عينى آخر كالانتفاع ومن هـذه الناحية فان الأثر الجـوهرى لتمام الوفاء بمقـابل هـو انتقال ملكية الشئ ـ المقـدم من المدين عـوضا عن الأداء الأصلى ـ الى الدائن ٠ ومن هنا فانه يخضع لأحكام البيع ، وفى المقـام الثانى ، وعلى اساس ان تحقيق الأثر السابق وهـو حصـول الدائن فعـلا على المقـابل عـوضا عن الأداء الأصلى وذلك بانتقـال ملكية الشئ اليه ممـا يعنى انقضاء الالتزام الأصلى ، فان الوفاء بمقـابل يخضع على هـذا النحـو لأحكام الوفاء ٠

ومن ناحية خضوع الوفاء بمقـابل لأحكام البيع :

فانه ومحـور ذلك انتقال ملكية الشئ الى الدائن ، يمكننا أن نتصـور الاثار الآتيـة :

(أ) يحكم العلاقة بين المدين الذى قـدم الشئ عـوضا عن الأداء الأصلى من ناحية والدائن الذى استوفى العوض بانتقال ملكية الشئ اليه ، أحكام ضمان الاستحقاق بين البائع والمشترى ٠ وعليه ، فـلو استحق الشئ من يد الدائن نتيجة التعرض القانونى له بادعاء الغير أن له حقا عليه ، كان له ـ كما لو كان مشتريا ـ الرجوع على المدين

---

(٩) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى صفحة ٢٠٠ ٠

بالتعـويض كما لو كان بائعا ، وفقا لأحكام هـذا النوع من الضمان التى نص عليهـا المشرع فى المواد ٤٨٢ ـ ٤٨٥ من القانون المدنى الكويتى[١٠] .

ويلاحظ بالنسبة لفرض الاستحقاق الذى نعالجه أن الدائن وقـد استحق منه الشيء لا يمكنــــه أن يطالب المدين بالدين مرة أخرى . اذ الدين قـد انقضى ، هـذا من ناحية ، كما لا يمكنه من ناحية أخرى المطالبة بنفس الشيء اذ يستحيل على المدين أن يرده اليه وهو مملوك للغير . لذا قلنا أن الدائن لا يرجع على المدين الا بتعـــويض .

(ب) تحكم العلاقة بين المدين والدائن ما ينظم علاقة البائع والمشترى بخصوص ضمان العيوب الخفية فلو ظهر من الشيء الذى رضى به الدائن مقـابل عيب خفى كان له أن يرجـع بضمان العيوب الخفية وفقا لأحكام المـادة ٤٨٩ من القانون المدنى الكويتى وما بعدها[١١] .

أما من ناحية خضوع الوفاء بمقـابل لأحكام الوفاء :

فانه ، وأساس ذلك ، انقضاء الدين الأصلى بالوفاء بالمقـابل الجـديد ، يمكننا أن نحـدد النتائج التالية :

(أ) تنقضى التأمينات التى كانت تضمن الدين الأصلى الذى انقضى بتمام الوفاء بمقـابل اذ الفرع يتبع الأصـل .

(ب) اذا تعـددت الديون فى ذمة المدين والدائن واحـد وكان ما قـدمه لا يكفى بالوفاء بها جميعا ، فان تعيين الدين الذى تم الوفاء به يكون وفقـا للقواعـد التى بحثناها من قبل فى هـذا الخصوص ونحن نتكلم عن الوفاء باعتباره سببا لانقضاء الالتزام .

---

(١٠) راجع احكام ضمان الاستحقاق فى البيع ، فى القانون المدنى المصرى : المواد ٤٣٩ ـ ٤٤٦ .

(١١) راجع احكام ضمان العيوب الخفية فى البيع ، فى القانون المدنى المصرى : المواد ٤٤٧ ـ ٤٥٠ .

٣٣٢ – الوفاء بمقابل فى مشروع القانون المدنى المصرى الجديد :

فى تعريف الوفاء بمقابل ، نصت المادة ٣٣٩ من المشروع على أنه « اذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشىء المستحق قام هذا مقام الوفاء » ٠

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق ايضا المادة ٤١٤ من القانون المدنى الكويتى ٠

وفى آثار الوفاء بمقابل وخضوعه لأحكام البيع والوفاء نصت المادة ٣٤٠ من المشروع على ما يأتى : « يسرى على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل ملكية شىء أعطى فى مقابله الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ٠ ويسرى عليه من حيث انه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » ٠

والمادة المقترحة هذه تطابق المادة ٣٥١ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ مع استبدال عبارة « من حيث انه ينقل ملكية شىء » بعبارة « فيما اذا كان ينقل ملكية شىء » الواردة فى ذلك النص المدنى المصرى الحالى ٠ وفوق ذلك فهذه المادة المقترحة انما تطابق المادة ٤١٥ من القانون المدنى الكويتى ٠

المبحث الثانى
التجـــديد

٣٣٣ ـ ماهيـة التجـديد[1] :

التجـديد هـو استبدال دين جـديد بآخر قـديم أو هـو احلال دين جـديد محـل دين آخر قـديم يختلف عنه اما فى احـد الأطراف او المصـدر او المحـل فالتجـديد بعبارة وجيزة اتفـاق ينقضى به دين وينشأ بمقتضاه آخر يحـل محـل الأول ويختلف عنه فى عنصر من عناصره الأساسية ٠

والتجـديد على هـذا النحـو المتقـدم ، اما ان يكون شخصيا او موضوعيا ويكون التجـديد شخصيا اذا كان بتغيير احـد طرفى الالتزام الدائن او المدين دون أن يشمل هـذا التغيير محـل الالتزام او مصـــدره ٠ ويكون التجـديد موضوعيا اذا كان بتغيير محـل الالتزام او مصـدره مـع بقـاء طرفيه دون تغيير ٠

٣٣٤ ـ مقـــومات التجـــديد :

لكى يتحقق التجـديد لابد من توافر المقـومات الآتية :

٣٣٥ ـ أولا ـ الاتفـاق على التجـديد :

لا يقـوم التجـديد الا باتفـاق اطرافه من ذوى الشأن ٠ وفى الواقـع ، فان تحـديد أطراف التجـديد ، ويعتبر اتفـاقهم ضروريا لقيامه ، مسألة تختلف فى تحـديدها تبعـا لنوعيـة التجـديد[2] ٠

---

(١) راجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٤٨٤ ، صفحة ٨١٣ ٠

راجع ايضا :

CARBONNIER : op. cit., n. 135, p. 529.
MAZEAUD : op cit., n. 1208, p. 1111.
SAVATIER : op. cit., n. 271. p 332.

(٢)

V. CARBONNIER : op. cit., n. 135, p. 530 La novation subjective- La novation objective.

١ ـ التجـديد الشخصى :

ويكون بتغيير أحـد طرفى الالتزام القـديم ، الدائن أو المدين ، وهـذا يفترض بطبيعة الحال دخـول شخص اجنبى أما باعتباره دائنا أو باعتباره مدينا وفى هـذه الصـورة لا يقـوم التجـديد ـ ابتداء ـ الا باتفاق طرفى الالتزام القـديم اضافة الى الشخص الأجنبى وذلك على التفصيل الآتى لفروض متعـددة للتجـديد الشخصى ٠

(أ) اذا كان التجـديد بتغيير الدائن :

بأن يتفق على تغيير شخص الدائن بحيث يكون الدائن فى الالتزام الجديد غيره فى الالتزام القـديم فان تجـديدا مثل هـذا لا يقـوم الا باتفاق أطراف ثلاثة هم : الدائن والمدين فى الالتزام القـديم اضافة الى الدائن الجـديد ٠ ونصت على هـذا الحكم المـادة ٢/٤١٦ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٥٢ ثالثا مدنى مصرى) ٠

(ب) اذا كان التجـديد بتغيير المدين :

بأن يتفق على تغيير المدين بحيث يكون المدين فى الالتزام الجـديد غيره فى القـديم ، فان اتفـاقا على مثل هـذا التجـديد يمكن أن يتم باتفاق أطراف ثلاثة هم : الدائن والمدين فى الالتزام القـديم اضافة الى المدين الجـديد ، كما يمكن ان يتم ايضا باتفاق شخصين فقط هما الدائن فى الالتزام القـديم والمدين الجـديد ٠ ونصت على ذلك المـادة ٢/٤١٦ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٥٢ ثانيا مدنى مصرى) ٠

٢ ـ التجـديد الموضـوعى :

ويكون بتغيير محـل الالتزام او مصـدره ومثال الأول ان يكون الالتزام القـديم بتسليم بضاعة والجـديد بدفـع مبلغ نقـدى[٣] ٠ ومثال الثانى اتفـاق المؤجر مـع المستأجر على ان يستبقى الأخير الأجرة المستحقة عليـه على سبيل القرض ويصير التزامه بأداء هـذا المبلغ مصـدره عقـد القرض لا الايجـار[٤] ٠

---

(٣) MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 838, p. 842.

(٤) MAZEAUD : op. cit., n .1222, p. 1116.

وتجـدر الاشارة الى ان التجـديد يخضع ـ باعتباره عقـدا ـ للقواعـد العـامة فى ابرام العقـود من حيث أركان الانعقـاد وتوافر شروط الصحة ٠

٣٣٦ ـ ثانيا ـ حلول التزام جـديد محل الالتزام قـديم يختلف عنه فى عنصر أسـاسى :

لا يكفى تراضى أو اتفـاق ذوى الشأن على التجـديد حتى يقـوم ، بل يتعين فـوق ذلك أن ينشأ التزام جـديد يكون مغايرا للالتزام القـديم فى عنصر الأساسية وهى الأطراف او المحـل او المصدر على نحـو ما فصلنا من قبـل ٠ وعلى ذلك ، لا يوجـد تجـديد اذا جـاء التغيير بعيـدا عن العنـاصر الجـوهرية المذكورة بأن شمل عناصر ثانوية مثل زمان الوفاء او مكانه(٥) ٠

وحلول الالتزام الجـديد محـل القـديم يفترض بالضرورة وجـود الأخير ٠ وعلى ذلك فانه لو كان الالتزام القـديم باطـلا مطلقا أو قابلا للابطال وتقرر ابطاله فمن من غير المتصور وجـود التجـديد ، وهـذا ما نصت عليه المـادة ٤١٧ مدنى كويتى (م٠ ٣٥٣ مدنى مصرى) ٠

٣٣٧ ـ ثالثا ـ نيـة التجـديد : L'intention de nover.

على أساس أن التجـديد يعـد عقـدا على ما ذكرنا ، فانه يستوجب ان تتوافر لدى طرفيه النية عليـه وبصورة واضحة ٠ ونيـة التجـديد تعنى توافر القصـد لدى أطرافه على انقضاء التزام قـديم واحـلال آخر جـديد محله باتجاه الارادة الى ذلك وهـذا يعنى بطبيعة الحال أن التجـديد لا يمكن أن يفترض(٦) . وان من الممكن أن يكون ضمنيا اذ ليس من الضرورى أن يكون صريحا ٠

والتجـديد اذ يكون ضمنيا فانه يستخلص من ظروف يجب أن يكـون واضحة ٠ وقـد نصت على ذلك المـادة ٤١٨ من القانون المدنى الكويتى بقولها « التجـديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضـوح من الظروف ٠ وهـو ما نصت عليه أيضا المـادة ٣٥٤ من القانون المدنى المصرى فى فقرتها الأولى بينما اضافت فى فقرتها الثانية تأكيدا لمـا تقـدم » وبوجـه خاص لا يستفاد التجـديد من كتابة سند بدين موجـود قبـل ذلك ، ولا ممـا

---

(٥) راجع المـادة ٢/٣٥٤ مدنى مصرى ٠

(٦) (6) MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 839, p. 843.

يحـدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول الا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مـا يدخـل على الالتزام من تعـديل لا يتناول الا التأمينات ٠٠٠٠ ما لم يوجـد اتفـاق يقضى بغير ذلك » ٠

٣٣٨ ـ آثار التجـديد :

يترتب على التجـديد انقضاء الالتزام القـديم ونشوء الالتزام الجـديد وقـد نصت على ذلك المـادة ٤١٩ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٥٦/١ مدنى مصرى) ٠ وعلى ذلك يمكننـا القـول بأن لتجـديد أثرين(٧) أحـدهما مسقط والآخر منشىء ٠

٣٣٩ ـ الأثر المسقط : L'effet extinctif

تقرر المـادة ١/٤١٩ من القـانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٥٦/١ مدنى مصرى) القاعـدة فى هـذا الشأن ٠ وحسبما تقرر ، فان الأثر المسقط يتمثل ـ وهـو يلحق الالتزام القـديم ـ فى انقضاء هـذا الالتزام وتوابعـه ومنها ما كان يضمنه من تأمينات ٠ وعليـه فلو كان الدين الذى انقضى مضمونا برهن او كفالة ، فأنها تنقضى أو تسقط تبعـا لانقضاء الدين ، ولازم ذلك بطبيعة الحال انه ليس فى مكنة الدائن بالالتزام الجـديد الاستفادة منها ٠

واستثناء على القاعـدة السابقة ، أجاز المشرع المدنى الكويتى فى الفقرة الثانية من النص السابق ، انتقال ما كان يضمن الالتزام القـديم من تأمينات الى الالتزام الجـديد شريطة وجـود نص قانونى على ذلك او اذا تبين أن النية قـد انصرفت اليه اى بالاتفاق ٠ وهـو الحكم الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المـادة ٣٥٦ من القانون المدنى المصرى مـع اختلاف فى الصياغة ٠

وفى بيان احكام انتقال هـذه التأمينات ، اتخـذ المشرع الكويتى مسلكا فرق به بين انتقال التأمينات العينية وبين انتقال التأمينات الشخصية ٠ واورد حكم انتقال التأمينات العينية فى نص واحـد هـو نص المـادة ٤٢٠ سـواء كان منها ما قـدمه المدين أو غيره ، ويختلف ـ بهـذا المسلك ـ عن المشرع المدنى المصرى الذى خص المـادة ٣٥٧ بحكم انتقال التأمين العينى المقـدم من المدين وأورد فى المـادة ٣٥٨ حكما يخص انتقال التأمينات المقـدمة من غير المدين سواء كانت عينية أو شخصية ٠

---

(7) CARBONNIER : op .cit., n. 135, p. 352.

أولا – حكم انتقال التأمينات العينية (م ٤٢٠ مدني كويتي) :

نفرق بين ما اذا كانت مقـدمة من المدين أو غيره :

١ – اذا كانت مقـدمة من المدين :

نفرق أيضا بين احتمالات ثلاثة :

(أ) أن يكون التجـديد بتغيير الدين وفيـه تنتقل التأمينات الى الدين الجـديد شريطة الا يؤثر ذلك على حقـوق الغير • ويتأتى تأثر الغير في حقـوقه لو اتفق الدائن والمدين على انتقال التأمين العينى لضمان الدين الجـديد بقيمة تزيد على قيمة الدين القـديم اذ الاتفاق بخصوص امتداد الضمان الى القـدر الزائد من الدين الجـديد لا ينفـذ في مواجهة الغير حتى لا يضار • والغير هـو كل دائن آخر يكون دينه مضمونا بحـق عينى على التأمين المقـدم ضمانا للدين القـديم متى كان تاليـا له في المرتبة(٨) •

(ب) أن يكون التجـديد بتغيير المدين ، وفيـه يجـوز للدائن والمدين الجـديد الاتفاق على استبقاء التأمين بغير رضاء المدين الأصلى ويبقى التأمين على حالة يثقـل العين المقـدمة منه ، ويعتبر في هـذه الحالة بمثابة الكفيل العينى للدين الجـديد •

(ج) أما اذا كان التجـديد بتغيير الدائن فيصير الاتفـاق بين أطراف التجـديد ثلاثتهم على انتقال التأمينات •

(د) اذا كانت التأمينات العينية مقـدمة من سـوى المدين فانها لا تنتقل الى الدين الجـديد الا بموافقـة من قـدم هـذه التأمينات وبشرط الا يضر ذلك بحقـوق الغير •

ويلاحظ ان الاتفاق على انتقال التأمينات العينية الى الدين الجـديد لا ينفـذ في حـق الغـير الا اذا كان هـذا الاتفـاق معاصرا وقت الاتفـاق على التجـديد • ويسرى هـذا الشرط سواء كانت هـذه التأمينات مقـدمة من المدين أو من سـواه • فاذا كان الاتفاق على انتقال التأمينات لاحقا للاتفاق على

---

(٨) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ، مشار اليها من قبل ، ص ٢٠١ •

التجـديد كان معنى ذلك أن الاتفاق على التجـديد قـد تم مجردا من انتقـال التأمينات ومن ثم فأنها تنقضى بانقضاء الدين القـديم (م٠ ٣/٤٢ مدنى كـــويتى) ٠

ثانيا – حكم انتقــال التأمينات الشخصية :

يقضى نص المـادة ٤٢١ مدنى كويتى بعـدم انتقال التأمينات الشخصية أو التضامن الى الدين الجـديد الا برضاء الكفيل أو المدين المتضامن ويترتب على ذلك القـول بأنه لو كان الدين القـديم مضمونا بكفالة شخصيه فانها لا تضمن الدين الجـديد الا برضاء الكفيل وما ينبغى ان يلاحظ هنا ، أن انتقال الكفالة الشخصية أو التضامن الى الدين الجـديد – وعلى النحـو المتقـدم ذلك – انمـا ينفـذ فى مواجهة الغير ، وعلى خـلاف الاتفاق على انتقال التأمينات العينية ، دون أن يشترط معاصرته للاتفاق على التجـديد ٠ ومن ثم فانه يتصـور – وعند حصول التجـديد – رضاء الكفيل الشخصى أو المدين المتضامن بالانتقال المذكور ٠ كما يتصور هـذا الرضاء لاحقا لهـذا التجـديد وفى الحالة الاخيرة يمكن الاتفاق على أثر رجعى له ٠

٣٤٠ – الأثر المنشىء : L'effet créateur

يترتب على اتفـاق ذوى الشأن على التجـديد بتوافر ما عرضـــنا من مقـومات هى لازمة لذلك وباتباع الأحكام المقررة فى هـذا الشأن ، نشوء التزام جـديد يحـل محـل الالتزام القـديم الذى انقضى ٠ ويلاحظ أن انقضاء الالتزام القـديم يرتبط به نشوء الالتزام الجـديد[٩] ٠ وهـذ مقتضى التجـديد وجوهره اذ لا ينشأ الالتزام الجـديد الا بانقضاء الالتزام القـديم وانقضاء القـديم يستوجب نشوء الجـديد ٠

ويلاحظ أن الالتزام الجـديد له مـقوماته الذاتية[١٠] ومن ثم يختلف عن الالتزام القـديم ٠ اذ لابد ان يختلف عنه فى عنصر من عناصره الأساسية على ما ذكرنا من قبـل ٠

والالتزام الجـديد له مقـوماته الذاتية يعنى أن له صفاته ودفـوعه وتأميناته ٠ فالالتزام الجـديد لا يكون الا عقـديا بغض النظر عن القـديم

---

(٩) MAZEAUD : op. cit., n. 1229, p 1118.

(١٠) السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٨ ، صفحة ٨٤٣ ٠

كذلك فقد عرضنا للتأمينات وقلنا أن تأمينات الدين القديم تنقضى معه أصلا الا اذا اتفق على انتقالها وفقا لأحكام المادتين ٤٢٠ ، ٤٢١ من القانون المدنى الكويتى على ما ذكرنا من قبل • وعليه فانه يمكن أن نتصور الالتزام الجديد بتأمينات أو بدون تأمينات • كذلك فأنه فيما يتعلق بالدفوع ، الاصل ان للالتزام الجديد دفوعه المستقلة • ذلك أن دفوع الالتزام القديم تنقضى معه ولا تنتقل الى الالتزام الجديد • وتظهر جلية اهمية ذلك لو كان الجديد شخصياً وتم بتغير الدائن • اذ لا يجوز للمدين التمسك فى مواجهة الدائن الجديد بما كان له من دفوع فى مواجهة الدائن القديم[11] •

٣٤١ – أحكام التجديد فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

أولا – ففى التجديد ومقوماته وأنواعه ، نصت المادة ٣٤١ من المشروع على ما يأتى : « يتجدد الالتزام » :

أولا – بتغيير الدين اذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الاصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله او مصدره •

ثانيا – بتغيير المدين اذا اتفق الدائن مع اجنبى على أن يكون هذا الاجنبى مدينا مكان المدين الاصلى ، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الاصلى دون حاجة لرضائه ، او اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل ان يكون هو المدين الجديد •

ثالثا – بتغيير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين واجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد •

والنص كما هو واضح • يتكلم عن التجديد الموضوعى بتغيير محل الالتزام او مصدره ، كما يتناول أيضا التجديد الشخصى ، اما بتغيير المدين ، واما بتغيير الدائن • وقد عرضنا لذلك فيما سبق ، وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٥٢ من القانون المدنى المصرى الحالى كما تطابق أيضا المادة ٤١٦ من القانون المدنى الكويتى •

---

(١١) CARBONNIER : op. cit., n. 135, p. 533.

ثانيا – وفى شروط التجـديد ، نصت المـادة ٣٤٢ من المشروع على انه :

« ١ ـ لا يتم التجـديد الا اذا كان الالتزام القـديم والجـديد قـد خـلا كل منهما من أسباب البطـلان ٠

٢ ـ أما اذا كان الالتزام القـديم قـد نشأ عن عقـد موقـوف ، فلا يكون التجـديد صحيحا الا اذا قصـد بالالتزام الجـديد اجازة العقـــد وأن يحـل محـله » ٠

والمـادة تطابق المـادة ٣٥٣ من القانون المدنى المصرى الحالى مع استبدال عبـارة « عقـد موقـوف » الواردة بالمـادة المقترحة بعبارة « عقـد قابل للابطال » الواردة فى النص المدنى المصرى الحالى ٠ لأن المشروع أخـذ بفكرة العقـــد الموقـوف بدلا من فكرة العقـد القابل للابطال ٠

ثالثا ـ وقـد تناول المشروع آثار التجـديد فى ثلاث مواد :

الأولى : المـادة ٣٤٥ ونصـها كالآتى :

« ١ ـ يترتب على التجـديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعـه وأن ينشأ مكانه التزام جـديد ٠

٢ ـ ولا تنتقل الى الالتزام الجـديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الاصلى الا بنص فى القانون أو اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نيـة المتعاقـدين قـد انصرفت الى ذلك » وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٥٦ من القانون المدنى المصرى الحالى كما تطابق المادة ٤١٩ من القانون المدنى الكويتى ٠

الثانية : المـادة ٣٤٦ ونصـها كالآتى :

« ١ ـ اذا كان تأمينات عينية قـدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى فان الاتفاق على نقـل هـذه التأمينات الى الالتزام الجـديد تراعى فيـه الأحكام التاليـــــة :

(أ) اذا كان التجـديد بتغيير الدين جاز للدائن والمدين أن يتفقـا على انتقال التأمينات الى الالتزام الجـديد فى الحـدود التى لا تلحـق ضررا بالغـير ٠

(ب) اذا كان التجـديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجـديد ان يتفق على استيفاء التامينات دون حاجـه ألى رضاء المدين القـديم ٠

(ج) اذا كان التجـديد بتغيير الدائن جاز للمتعاقـدين ثلاثتهم ان يتفقوا على استيفاء التأمينات ٠

٢ ــ ولا يكون الاتفاق على نقـل التأمينات نافـذا فى حـق الغير الا اذا تم مـع التجـديد فى وقت واحـد ، وهـذا مـع مراعاة الأحكام المتعلقـــة بالتسـجيل » ٠

وهـذه المـادة المقترحة تقـابل المـادة ٣٥٧ من القانون المدنى المصرى الحالى وتطابق المـادة ٤٢٠ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقـد نبهنا من قبـل الى أن القانون المدنى الكويتى قـد أورد حكم انتقال التأمينات العينية بصـفة عامة ، سـواء كانت مقـدمة من المدين أو غيره ، فى نص واحـد هـو نص المـادة ٥٢٠ ٠ بخـلاف القانون المدنى المصرى الحالى كما أوضحنا من قبـل ٠ ويكون ذلك النص المقترح من المشروع قـد جاء على نهج هـذا النص الكويتى ٠ وفى الحقيقة ، فان المـادة المقترحه سالفة الذكر انما تقـابل حكم المـادة ٤١٧ من القانون المدنى الكويتى ونصها كالآتى :

« اذا كان أحـد الالتزامين الأصلى أو الجـديد باطـلا فان التجـديد لا يقـع » ، ويهمنا هنا ان نبرز ما جاء بالمشروع تعليقا على المـادة المقترحة المشار اليها من انها « تطـابق فى حكمها المـادة ٤٢٠ من التقنين المدنى الكويتى » وهـذا غير صحيح ويستوجب اعـادة النظر ٠

وفى شروط التجـديد أيضا ، تكلمت المـادة ٣٤٣ من المشروع عن نيـة التجـديد ، ويجرى نصها على النحـو التالى :

« ١ ــ التجـديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليـه صراحة ، أو أن يستخلص بوضـوح من الظروف ٠

٢ ــ وبوجـه خاص لا يستفاد التجـديد من كتابة سند بدين موجـود قبـل ذلك ، ولا ممـا يحـدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول الا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا ممـا يدخـل على الالتزام من تعـديل لا يتناول الا التأمينات ، ما لم يوجـد اتفاق يقضى بغيره » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٥٤ من القانون المدنى المصرى الحـالى مـع حـذف عبارة « أو سـعر الفائدة » التى وردت فى الفقرة الثانية من الأخيرة

بعـد عبارة « الا التأمينات » ، ذلك جريا على أحكام الشريعة الاسلامية فى تحريم الفـوائد الربوية ٠

وهـذه المـادة تطابق فى فقرتها الأولى المـادة ٤١٨ من القانون المدنى الكويتى وتنص على أن « التجـديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضـوح من الظروف » ٠

الثالثة : المـادة ٣٤٧ ونصها كالآتى :

« لا ينتقل الى الالتزام الجـديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن الا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٥٨ من القانون المدنى الحالى كما تطابق أيضا الفقرة الثانية من المـادة ٤٢٠ اضافة الى المـادة ٤٢١ من القانون المدنى الكويتى ٠

والفقرة الثانية المذكورة نصها كالآتى : « فاذا كانت التأمينات العينية مقـدمة من أجنبى فلا يتم انتقالها الا برضاء من قـدمها أيضا » أما المـادة ٤٢١ فنصها كالآتى : « لا ينتقل الى الالتزام الجـديد الكفالة الشخصية أو التضامن الا اذا رضى بذلك الكفلاء أو المدينون المتضامنون » ٠

المبحث الثالث

الانابة فى الوفاء

La Delégation

٣٤٢ ـ تعريف لانابة :

تتناول المشرع المدنى ماهيــة الانابة فى المــادة ٤٢٢ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٥٩ مدنى مصرى) فقــد نصت الفقرة الاولى من هــذا النص على ما يأتى :

« تتم الانابة اذا اتفق المدين وأجنبى على أن يقــوم بوفاء الدين معــه أو مكانه » اما الفقرة الثانية فنصها كالاتى :

« على أنه يلزم لبراءة ذمة المدين الأصلى موافقة الدائن » ٠

ومن النص السابق بفقرتيه يمكن القــول بان النيابة عبارة عن اتفــاق يقــدم بمقتضاه المدين لدائنه – وبموافقته ـ مدينا جــديدا يقــوم بالوفاء[1] ٠

وبعبارة أخرى فانه يمكننا تعريف الانابة فى الوفاء بأنها عبارة عن اتفاق بين دائن ومدين وأجنبى يتعهــد بمقتضاه الاخير بوفاء الدين للدائن عن المدين أو بدلا منه ٠

وأطراف الاتفاق ثلاثة اشخاص : المدين الأصلى ويسمى المنيب **le délégant** والمدين الجــديد ويسمى المناب Le déléataire الدائن ويسمى المناب لديه Le délégué ٠

والغالب أن المناب يرضى بوفاء الدين عن المدين او مكانه لان هناك علاقة مديونية سابقة ـ هــو مدين فيها ـ تربطه المنيب ٠ مثال ذلك (أ) مدين بمبلغ ١٠٠٠٠ ريال ، (ب) هــو الدائن ٠ وهنــاك شخص آخر (جـ) دائن بمبلغ ١٠٠٠٠ ريال والمدين هــو (ب) ٠ فيتفق هــؤلاء الأشخاص ثلاثتهم على أن

SAVATIER : op. cit., n. 275, p. 334.

يقـوم (أ) عن (ب) بوفاء الدين مباشرة للدائن (جـ) ويترتب على ذلك براءة ذمة (ب) فى مواجهـــة (جـ) وفى نفس الوقت تبرأ ذمة (أ) فى مواجهـــة (ب) ٠

ولكن يلاحظ أنه يتصور رضاء المناب وفاء الدين عن المدين أو مكانه دون أن تربطـه به علاقة مديونية ســابقة ٠ فهـذه العلاقة ليست شرطا لا تقـوم الانابة دونه ونصت على ذلك الفقرة الثالثة من المـادة ٤٢٢ مدنى كويتى (م٠ ٢/٣٥٩ مدنى مصرى) اذ قالت : « ولا تقتضى الانابة ان تكون هناك مديونية سابقة بين المدين والأجنبى » ٠

٣٤٣ ـ نوعـا الانابة :

ذكرنا أن مقتضى الانابة فى الوفاء تعهـد شخص أجنبى (المناب) بالوفاء للدائن (المناب لديه) عن المدين (المنيب) ٠ وقـد يبقى المنيب مسئولا عن الدين مـع المناب امام المناب لديه وهـذه صـورة للانابة ، وقـد يتفق على براءة ذمة المنيب ليكون المناب وحـده مسئولا عن الدين وهـذه صورة أخرى ٠

فاذا اتفق على بقـاء المنيب مسئولا عن الدين مـع المناب فى مواجهـــة المناب لديه كانت الانابة ناقصـــــــة délégation imparfeite
اما اذا اتفق على براءة ذمة المنيب ممــا يعنى بقـاء المناب وذمته وحـده مشغولة بالدين كانت الانابة كاملة ٠ délégation parafaite.

والفارق واضح بين النـوعين ففى الانابة الكاملة ينقضى الالتزام الأصلى ومن ثم تبرأ منه ذمة المنيب وينشأ على عاتق المناب التزام جـديد يتعين عليه الوفاء به للمناب لديه ولذلك تعـد هـذه الانابة تجـديدا بتغيير شـــــخص المدين(١٣) ٠ولذا فان الاتفـاق عليها يجب أن يكون صريحا ونصت على ذلك الفقرة الأولى من المـادة ٤٢٣ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ١/٣٦٠ مدنى مصرى) اذ قالت : « اذا كان مقتضى الانابة أن يحـل التزام المناب مكان التزام المنيب اعتبر ذلك تجـديدا للالتزام بتغيير المدين ويترتب عليه براءة ذمة المنيب قبـل المناب لديه » ٠

MAZEAUD : op. cit., n. 1238, p. 1127.
SAVATIER : op. cit.,

أما فى الانابة الناقصة ، فلا ينقضى الالتزام الأصلى ومن ثم تبقى ذمة المنيب مشغولة بالدين لا تبرأ ، كل ما هنالك انها ترتب نشوء التزام جديد يقوم الى جانب الالتزام الاصلى . لذا فهى لا تنطوى على تجديد بخلاف الانابة الكاملة .

ويجدر بنا ان نشير الى أن الانابة تكون ناقصة دائما الا اذا كان الاتفاق على الانابة صريحا فى اتجاه ارادة الاطراف بوضوح الى الانابة الكاملة . ونصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٢/٣٦٠ مدنى مصرى) . اذ قالت : « لا يفترض التجديد فى الانابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق صريح على التجديد قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول » .

وعلى الرغم مما تقدم ، تتفق الانابة الكاملة والناقصة فى فكرة واحدة تنبنى عليها الانابة بصفة عامة ومؤداها : ان التزام المناب يعد التزاما مجردا عن سببه أى عن العلاقة التى تربطه بالمنيب([١٠]) . ولازم ذلك بطبيعة الحال أن التزام المناب يكون صحيحا بغض النظر عن التزام المنيب وما اذا كان باطلا أو كان الباعث عليه غير مشروع وعلة تجريد التزام المناب تكمن فى ضمان استقرار المعاملات([١٥]) . ونصت على الحكم السابق المادة ٤٢٤ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٦١ مدنى مصرى) وجاء بها « يكون التزام المناب صحيحا ولو كان التزامه قبل المدين باطلا أو خاضعا لدفع من الدفوع . ولا يكون للمناب الا حق الرجوع على المنيب . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » . وتأسيسا على كل ذلك ، فلو كان التزام المنيب باطلا لسبب من الاسباب او كان يرد عليه أى دفع من الدفوع أو كان قبول المناب الانابة قد انبنى على مديونيته للمنيب فان ذلك كله لا يؤثر على كون المناب ملتزما بالوفاء للدائن . كل ما هنالك أنه يكون للمناب الرجوع على المنيب وفقا لقواعد الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب حسب الاحوال ، وذلك ما لم يقصد المناب التبرع للمنيب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢٤٤ – الانابة فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

فى ماهية الانابة فى الوفاء نصت المادة ٣٤٨ من المشروع على ما يأتى :

« ١ – تتم الانابة اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 842, p. 847.

(١٥) راجع محمد لبيب شنب ، المرجع السابق رقم ٣٨٣ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ .

٢ – ولا تقتضى الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى » •

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، وهى مطابقة أيضا للفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٤٢٢ من القانون المدنى الكويتى •

ونصت المادة ٣٤٩ من المشروع على ما يأتى :

« ١ – اذا اتفق المتعاقدون فى الانابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا ، كانت هذه الانابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا والا يكون المناب معسرا وقت الانابة •

٢ – ومع ذلك لا يفترض التجديد فى الانابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول » •

والمادة تطابق المادة ٣٦٠ من القانون المدنى المصرى الحالى • وتطابق أيضا المادة ٤٢٣ من القانون المدنى الكويتى ، فيما عدا أن الأخيرة لا تتضمن الشرط الذى جاء بالفقرة الأولى من النص المصرى المقترح ومؤداه : ألا يكون المناب معسرا وقت الانابة •

ونصت المادة ٣٥٠ من المشروع على أنه « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا وكأن هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب ، وهذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » •

والنص واضح فى أن التزام المناب قبل المناب لديه يعد التزاما مجردا والنص بذلك يطابق المادة ٣٦١ من القانون المدنى المصرى الحالى • كما يطابق أيضا نص المادة ٤٢٤ من القانون المدنى الكويتى •

المبحث الرابع

المقاصـــة

LA COMPENSATION

٣٤٥ ـ تعريف المقاصـة :

هى طريق لانقضـــاء دينين متقابلين فى ذمة شـــخصين كل منهما دائن ومدين للآخر فى نفس الوقت ، بقـدر الأقـل منهما(١٦) ٠

فلو كان (أ) مدينا بمبلغ ١٠٠٠٠ ريال على سبيل القرض والدائن (ب) ٠ ثم اشترى (ب) شيئا من (أ) بمبلغ ٥٠٠٠ ريال وصار بذلك مدينا بهـذا المبلغ تقـع المقاصـة بين الدينين بقـدر الأقـل منهما بحيث لا يبقى فى ذمة أحدهما الا ما زاد على هـذا القدر ٠ ومن ثم بنقضى الدينان فى حدود ٥٠٠٠ ريال فالدائن بالقـدر الأقـل وهـو (أ) يكون قـد استوفاه كلـه أما الدائن بالقـدر الأكبر وهـو (ب) فلم يستوف الا جزءا منه حقـه ويبقى الآخر فى ذمة مدينة وهـو (أ) ويجب الوفاء به ٠

٣٤٦ ـ طبيعة المقاصـة وأنواعها :

La compensation constitue un double paiement et une garantie.

المقاصـة فى طبيعتها وفاء مزدوج وضمان ٠ فالمقاصـة فى المقام الأول وفاء مزدوج ٠ اذ يترتب على وقـوعها انقضاء(١٧) الدينين المتقابلين بقـــدر الأقـل منهما ٠ وكمـا ذكرنا فأنهـا تؤدى الى انقضاء الدين الأقـل كليـا بينما ينقضى بها الدين الأكبر جزئيا ٠ وهى فى المقـام الثانى ضمان ٠ اذ تمكن كل طرف من استيفاء حقـه ـ كله أو جزء منه ـ ممـا فى ذمته للطرف الآخر ولذلك فان الدائن يضمن بها استيفاء حقـه بالأولوية وتجنبه مشاركة دائنى المدين ٠

وللمقاصـة انواع ثلاثة : فهى أما قانونية أو اتفاقية أو قضائية ٠ ونبحث المقاصـة القانونية فى مطلب مستقل ٠ فلم يعـن المشرع الا بها ثم نبحث فى مطلب آخر المقاصة الاتفاقية والقضائية ٠

---

(١٦) راجع السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٥٢٥ ، صفحة ٨٧٣ ٠
SAVATIER : op. cit., n. 313, p. 383.

(١٧) راجع ايضا : MAZEAUD :op. cit., n. 1145, p. 1056.

المطلب الأول

المقاصـــة القـــانونية

La Compensation Légale

٣٤٧ ـ تقســـيم :

المقاصـــة القانونية هى التى تقـــع بقـــوة القانون متى توافرت شروطها ونبحث هـــذه الشروط ثم تبين ما يترتب على توافرها من آثار ٠

٣٢٨ ـ أولا ـ شروط المقاصـــة القانونية :

حتى تقـــع المقاصـــة بقـــوة القانون ينبغى تـوافر الشروط الآتية :

١ ـ وجـــود دينين متقـــابلين :

تتطلب المقاصـــة القانونية فى وقـــوعها ـ أول ما تتطلب ـ وجـــود دينين متقابلين ٠ والفرض فى هـــذه الحالة ان كل طرف منها يعـــد دائنـــا ومدينا للآخر فى نفس الوقت ٠ ويجب أن يكون الدينان بين نفس الشـــــــخصين وبنفس الصفة[١٨] ٠ وتضمنت هـــذه الشرط المـــادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م٠ ١/٣٦٢ مدنى مصرى) ٠

٢ ـ تمـــاثل الدينين فى المحـــل :

لا يكفى لوقـــوع المقاصة بقـــوة القانون وجـــود دينين متقابلين ، بل يجب أن يوجـــد تماثل بين الدينين فى المحل وتماثل الدينين فى المحـــل مقتضاه ان يكون الدينان من النقـــود أو المثليات وفى غير ذلك لا يتصور وقـــوع المقاصـــة القانونية فلا تقـــع هـــذه المقاصـــة بين التزام بنقـــل ملكية وآخر بالقيـــــام بعمل ٠ وحتى لا يتصور وقـــوعها بين التزامين بالقيام بعمل وان تماثلا ٠

ويلاحظ انه لا يكفى أن يكون محـــل الدينين من النقـــود أو المثليات حتى تقـــع المقاصـــة بقـــوة القانون ، بل يتعين فـــوق ذلك وبصـــفة خاصة اذا كان الدينـــان من المثليات أن تتحـــد هـــذه المثليات من حيث النوع والجـــودة ٠

---

(١٨) عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣٧٦ ، صفحة ٤٣٠ ٠

ويترتب على ذلك أن المقاصة لا تقع اذا اختلفت المثليات فى النوع فلا مقاصة لو كان أحد الدينين محله قمحا والآخر أرزا · كذلك لا تقع المقاصة اذا اختلفت المثليات فى الجودة ولو كانت متحدة فى النوع · كما لو كان كل احد الدينين توريد جلود من صنف جيد ومحل الآخر توريد جلود من صنف اقل جوده ونصت على هذا الشرط المادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م· ١/٣٦٢ مدنى مصرى) ·

وتجدر الاشارة الى أنه ليس ضروريا - لوقوع المقاصة القانونية - أن يكون مصدر الدينين واحدا ، كما أنه لا يشترط تماثل الدينين فى المقدار · كذلك فان اختلاف المكان المحدد لوفاء الدينين لا يمنع وقوع هذه المقاصة وتضمنت الحكم الأخير المادة ٤٢٦ مدنى كويتى (م· ٣٦٣ مدنى مصرى) اذ قالت : « تجوز المقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ، وفى هذه الحالة يجب على من يتمسك بالمقاصة ان يعوض الطرف الآخر عما لحق من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء حقه او الوفاء بدينه فى المكان الذى عين ذلك » ·

٣ - خلو الدينين من النزاع :

لا تقع المقاصة بقوة القانون ولو كان الدينان متقابلين ومتماثلين فى المحل ، الا اذا كان كل منهما خاليا من النزاع · وهذا يفترض أن كلا منهما محقق الوجود معين المقدار · وعلى ذلك لا تقع هذه المقاصة ، اذا كان أحد الدينين متنازعا فيه من حيث وجوده ومقداره · وتضمنت هذا الشرط المادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م· ١/٣٦٢ مدنى مصرى) ·

٤ - صلاحية الدينين للمطالبة القضائية :

ينبغى لوقوع المقاصة القانونية ان يكون كل دين صالحا للمطالبة به قضائيا وعلى ذلك فلا مجال لوقوع هذه المقاصة ، لو كان احد الدينين طبيعيا وليس مدنيا وتضمنت هذا الشرط المادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م· ١/٣٦٢ مدنى مصرى) ·

٥ - استحقاق الدينين للأداء :

يشترط لوقوع المقاصة بقوة القانون أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء · ونصت على الشرط المادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م· ١/٣٦٢ مدنى مصرى) وبناء على ذلك ، لا تقع هذه المقاصة لو كان أحد الدينين معلقا على شرط واقف لم يتحقق أو كان مضافا الى اجل لم يحل · ويلاحظ أن وجود

الاجـل لا يؤدى بمطلقه الى منع وقوع المقاصة بقوة القانون · فقد نصـت المـادة ٤٢٥ من القانون المدنى الكويتى فى فقرتها الثانية (م· ٢/٣٦٢ مدنى مصرى) على ما يأتى :

« ولا يمنع المقاصة ان يكون ميعاد الوفاء قد تاجل على نظرة منحها القاضى او تبرع بها الدائن » · والمعنى الواضـح للنص يؤدى بنا الى القول ان المشرع وقد استوجب اصـلا استحقاق الدينين للاداء شرطا لا تقع المقاصة القانونية دونه ، الا انه قد استثنى الحـالة التى يتاجل فيها وفاء أحـد الدينين لان المدين حصل على نظرة ميسرة من القاضى او الدائن فلم يجعل من حصول الدائن عليها مانعا يحـول دون وقـوع المقاصة القانونية (١٩) ·

٦ ـ قابلية الدينين للحجز :

يشترط لوقوع المقاصة بقوة القانون اضافة الى ما تقدم ان يكون كل من الدينين قابلا للحجز · فاذا كان غير ذلك لما وقعت هـذه المقاصـة · وعلة ذلك ترجع كما نرى ـ مع البعض ـ (٢٠) الى ان المقاصـة تؤدى الى استيفاء جبرى وهى نفس النتيجة المترتبة على الحجز · فاذا كان الحجز غير جائز فكيف تقع المقاصة ؟ وقد اضـاف البعض (٢١) فى هـذا التحليل ان الحق غير القابل للحجز يقصد القانون ان يكون خالصـا لصاحبه وفى اجازة المقاصـة معه حرمان لصاحبه منه · وتضمنت المـادة ٤٢٧/جـ مدنى كويتى هـذا الشرط (م· ٣٦٤/جـ مدنى مصرى) ·

٧ ـ وجـوب التمسك بالمقاصـة :

لا يكفى توافر الشروط السابقة حتى تقع المقاصة بقوة القانون · اذ يتعين فوق ذلك ان يتمسك بها صاحب المصلحة · فاذا لم يتمسك بها لا تقع · ويترتب على ذلك بحكم المنطق انه لا يجوز للقاضى ـ وصاحب المصلحة لم يتمسك بها ـ أن يحكم بوقـوع المقاصـة القانونية من تلقـاء نفسه · ولكن

---

(١٩) مع ملاحظة ما ذكرنا من قبل بخصوص نظرة الميسرة من انها اقرب الى الشرط دون الاجل راجع ما سبق صفحة ١٢٢ ·

(٢٠) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٨٦ ، صفحة ٣٨٧ ·

(٢١) عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣٨١ ، صفحة ٤٣٣ ·

اذا تمسك بها صاحب المصلحة تعين على القاضى الحكم بوقوعها · وننبه الى ان دور القاضى هنا دور كاشفا لا منشىء ·· فالمقاصة لا تقع بحكمه لذاته فوجوب التمسك بالمقاصة هو شرط لحكم القاضى بهـــا وليس شرطا لوقـــوعها[٢٢] ·

ومن ناحية أخرى فانه لا يجوز لصاحب المصلحة النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها · وقد نصت على الأحكام السابق المادة ٤٢٨/١ من القانون المدنى الكويتى (م· ٣٦٥/١ مدنى مصرى) اذ قالت : « لا تقع المقاصة الا اذا تمسك بها من له حق فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها » · وعلى ما يبدو ، فان المشرع ، وقد جعل مناط النزول عن المقاصة ثبوت الحق فيها ، انما استهدف حماية المدينين الضعفاء لما تبين له أن الدائنين الأقوياء ، كالبنوك مثلا ، يشترطون على مدينهم التنازل مقدما عن التمسك بالمقاصة فيما قد ينشأ لهم فى المستقبل من حقوق[٢٣] ·

وتجدر الاشارة الى أن الحق فى التمسك بالمقاصة القانونية ـ بتوافر شروطها الأخرى ـ ليس مطلقا وانما يخضع لقيد مؤداه عدم جواز التمسك بها اضرارا بحقوق الغير ، فلو تصورنا ان أحد طرفى المقاصة مدين لشخص ثالث اوقع الحجر على حق هذا المدين لدى الطرف الآخر فى المقاصة فلا يجوز للأخير ان يتمسك بالمقاصة لأنها سوف تضر بهذا الشخص الثالث وهو دائن حاجز · ونصت على هذه الأحكام المادة ٤٣٠ من القانون المدنى الكويتى (م· ٣٦٧ مدنى مصرى) · وكذلك اذا قام أحد طرفى المقاصة وقبل التمسك بها بتحويل حقه الى شخص ثالث وقبل المدين الحوالة دون أن يحتفظ لنفسه بحق التمسك بالمقاصة رغم الحوالة فلا يجوز له اذا طالبه المحال له بما فى ذمته أن يتمسك بالمقاصة فى مواجهته لأن فى التمسك بها اضرارا بالمحال له · اما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه الحوالة من التمسك بالمقاصة · ونصت على ذلك المادة ٤٣١ مدنى كويتى (م· ٣٦٨ مدنى مصرى) ·

---

(٢٢) راجع فى المعنى : مصطفى الجمال وجلال العدوى ، اصول المعاملات ، ص ٣٥٣ ·

(٢٣) مصطفى الجمال وجلال العدوى ، المرجع السابق ، الموقع السابق ·

٣٤٩ ـ حالات منع وقوع المقاصة :

الأصل أنه اذا توافرت الشروط السابقة وقعت المقاصة بقوة القانون بين الدينين المتقابلين . واستثناء على هذا الاصل منع المشرع وقوع هذه المقاصة فى حالتين حتى مع توافر الشروط السابقة (٢٤) .

الحالة الأولى :

اذا كان محل احد الدينين رد شيء نزع دون حق من يد مالكه ونصت على ذلك المادة ٣/٤٢٧ من القانون المدنى الكويتى (م. ٣٦٤/م . مدنى مصرى) .

فلو ان شخصا نزع شيئا دون حق من يد مالكه ، فليس من شك فى التزامه بالرد ، فلو تصورنا أن له فى ذمة المالك دينا مماثلا ، فلا يجوز أن يمتنع عن رد الشيء على أساس المقاصة القانونية بين ماله وما عليه . اذ لا يجوز أن يقضى الشخص لنفسه .

الحالة الثانية :

اذا كان محل أحد الدينين رد شيء مودع أو معار ونصت على ذلك المادة ٤٢٧/ب من القانون المدنى الكويتى (م. ٣٦٤/ب مدنى مصرى) .

فلو كان للمودع لديه (وهو ملتزم بالرد) دين فى ذمة المودع أو كان للمستعير (وهو ملتزم بالرد أيضا) دين فى ذمة المعير فلا تقع المقاصة القانونية بين الدينين فى الحالتين . فلا مقاصة بقوة القانون بين ما للمودع لديه وما عليه ولا بين ما للمستعير وما عليه . وقد تغيا المشرع من ذلك المحافظة على الثقة بشأن هذا النوع من العقود وهى من عقود الأمانة .

وقد تكلم المشرع المدنى الكويتى فى الفقرتين ج ، د من النص السابق وعلى التوالى عن حالتين اضافة الى ما تقدم ، لا تقع المقاصة القانونية فيهما . الأولى منهما اذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز وهى حالة تناولها القانون المدنى المصرى فى الفقرة (ج) من النص المذكور من قبل وقد تكلمنا عن

---

(٢٤) راجع الحالتين فى الفقرة الاولى والثانية من المادة ١٢٩٣ من القانون المدنى الفرنسى .

V. MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 640, 3. 609.

هـذه الحالة عند دراسة الشرط السادس لوقـوع المقاصـة القانونية ٠ اما الثانية فقد تضمنتها الفقرة (د) من النص المدنى الكويتى المشار اليه وهى حالة ما « اذا كان احـد الدينين مستحقا للنفقة » ٠ ويلاحظ أن القانون المدنى المصرى لم ينص على هـذه الحالة صراحة فى نصه المقابل للنص الكويتى ٠

٣٥٠ ـ ثانيا ـ آثار المقاصـة القانونية :

اذا توافرت شروط المقاصـة التى ذكرناها من قبـل ترتب على ذلك كما جاء فى المـادة ٢/٤٢٨ مدنى كويتى ـ « انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصـة » وهـو ما نصت عليه أيضا المـادة ٢/٣٦٥ مدنى مصرى »(٢٥) ٠

وفى ضوء النص السابق يمكننا القول بأن الاثر الجـوهرى لوقـوع المقاصـة بقـوة القانون يتمثل فى انقضاء الدينين المتقابلين بقـدر الأقـل منهما ٠ وهذا يفترض أن احدهما أكبر من الآخر ٠ حيث ينقضى الدين الاقـل كليـا وينقضى الأكبر جزئيا على ما ذكرنا من قبـل ٠ اما اذا كان الدينـان متساويين فى المقـدار الدينان بأكملهما ٠

واذا تعـددت الديون فى ذمة احـد طرفى المقاصـة للطرف الآخر ثارت صـعوبة بشأن تعيين ما ينقضى بالمقاصـة من هـذه الديون المتعـددة ٠ ويمكننا القـول اجمالا بانه تنطبق فى هـذا الخصوص قواعـد تعيين الدين الذى ينقضى بالوفاء ضمن ديون متعـددة والتى درسناها من قبـل فى المـادتين ٤٠٨ ، ٤٠٩ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٤٤ ـ ٣٤٥ مدنى مصرى) ٠

وقـد نصت على الاحـالة الى قواعد الوفاء بالديون المتعددة بشـأن تعـدد الديون فى المقاصة المـادة ٣/٤٢٨ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٢/٣٦٥ مدنى مصرى) ٠

وما ينبغى أن يلاحظ ـ وكما يتضح من نص المـادة ٢/٤٢٨ مدنى كويتى سابقة الذكر ـ أن الأثر الجـوهرى للمقاصـة ـ وهـو انقضاء الدينين المتقابلين بقـدر الأقـل منهما ـ انمـا يترتب بأثر رجعى ٠ اى يترتب ليس من وقت التمسك بالمقاصـة ولكن منذ الوقت الذى يكتمل فيه توافر الشروط الاخرى للمقاصـة غير وجـوب التمسك بها ٠

---

(٢٥) راجع فى اثر المقاصة القانونية فى القانون المدنى الفرنسى نص المـادة ١٢٩٠ ٠
V. CARBONNIER : op. cit., n. 132, p. 515.
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 646, p. 672-673.

المطلب الثانى

المقاصة القضائية والمقاصة الاتفاقية

٣٥١ – أولا – المقاصة القضائية : La Compensation Judiciaire

تقع المقاصة القضائية عندما يقوم دائن بمطالبة مدينه قضاء بالوفاء ، ويتمسك المدين بحق له فى ذمة دائنه المدعى • ذلك أن هذا الحق يتخلف بالنسبة له شرط الخلو من النزاع ، وهو شرط لوقوع المقاصة القانونية كما رأينا ، ومن ثم لا يمكنه التمسك بها • ولكن يمكن للقاضى أن يفصل فى النزاع الذى يرد على حق المدعى عليه ويحسمه ، ومن ثم يصير الدين خاليا من النزاع ويمكن أن تقع المقاصة ويجريها القاضى بحكمه(٢٦) •

مثال ذلك(٢٧) أن رفع المؤجر دعواه على المستأجر مطالبا اياه بالأجرة فيطالب المؤجر – عن طريق طلب عارض – بتعويض عما اصابه من ضرر من العين المؤجرة وتستطيع المحكمة أن تتوقف عن الفصل فى طلب المؤجر حتى تحسم النزاع بشأن حق المستأجر عن طريق تحديد التعويض المستحق اذا بين لها أن ضررا اصابه • فاذا حسم النزاع الذى ورد على حق المستأجر بتحديد التعويض ، أصبح حقه خاليا من النزاع فتعود المحكمة الى الفصل فى دعوى المؤجر بالأجرة ومعها دعوى المستأجر بالتعويض وذلك بحكم واحد تقضى فيه بوقوع المقاصة بين الدينين •

ويمكننا القول اذا ، ان المقاصة القضائية هى التى تقع بحكم القضاء اذا ما تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية وكان فى استطاعة القضاء استكماله كما لو كان احد الدينين محلا لنزاع • اذ يمكن للقاضى أن يحسم النزاع ومن ثم يجرى المقاصة لخلو الدينين من النزاع(٢٨) •

---

(٢٦) CARBONNIER : op. cit., n. 132, p. 516.
MAZEAUD : op. cit., n. 1151. p. 1060.

(٢٧) راجع المثال :
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 649, p. 674.

(٢٨) فى هذا المعنى : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٩٠ ، صفحة ٣٩١ •

ويكون اثر المقاصــة القضائية من تاريخ الحكم بها[٢٩] ٠ وهــذا الأثر يتمثل فى انقضاء الدينين بقــدر الأقــل منهما ٠

٣٥٢ ــ ثانيا ــ المقاصــة الاتفاقيــة : La Compensation coventionnelle

وتسمى احيانا بالمقاصــة الاختيارية ، وتقــع بارادة ذوى الشأن فى الحالة التى يتخلف فيها شرط من شروط المقاصــه القانونية ، بحيث يتجــاوز عنــه من تقرر هــذا الشرط لمصلحته ٠ ويمكن أن تقــع المقاصــة الاختيارية باتفــاق الطرفين ، ويحــدث ذلك لو أن الشرط الذى تخلف من شروط المقاصــة كان مقررا لمصلحة طرفيها ٠ كما اذا تخلف شرط تمــاثل الدينين فى المحــل ، حيث يجــوز الاتفــاق على وقــوع المقاصــة بين الدينين على الرغم من ذلك ٠

ويمكن أن تقــع المقاصة الاختيارية أيضا بارادة أحــد الأطراف ، ويتحقق ذلك اذا كان شرط المقاصــة القانونية الذى تخلف يقصــد منه مصلحة هــذا الطرف ٠ ويمكن أن نتصور ذلك اذا كان أحــد الدينين مضافا الى اجــل ، والأجل لمصلحة المدين حيث يجوز للاخير التمسك بالمقاصــة بين دينه وماله من حق مستحق الأداء[٣٠] ٠

ويترتب اثر المقاصــة الاختيارية ــ وهــو تعبير ادق من الاتفاقية ــ[٣١] من وقت الاتفاق عليها او التمسك بها حسبما اذا كانت بالاتفاق أو بارادة أحد الطرفين[٣٢] ٠

واثر المقاصــة الاتفاقيــة يتمثل فى انقضاء الدينين مــع ملاحظــة أن هــذه المقاصة لا تقع بين دينين غير متساويين الا اذا رضى بها الدائن صــاحب الدين الاكبر [٣٣] ٠

---

(٢٩) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ رقم ٥٦٠ ص ٩٤٢ ٠ محمد لبيب شنب ، المرجع السابق رقم ٣٩١، ص ٣٩٢ وقد اشار فى هامش رقم (٢) بنفس الصفحة الى راى للدكتــور جلال العدوى وانور سلطان مؤداه ان اثر المقاصة القضائية يكون من وقت رفع الدعــوى لا من تاريخ الحــكم على اساس ان الاحكام كاشفة وليست منشئة ٠

(٣٠) راجع ، السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٥٥٧ ، ص ٩٣٣ ــ ٩٣٦ ٠

(٣١) ونفضل تعبير المقاصــة الارادية لانه يشــمل ما يتم منها بالاتفاق او بارادة احــد الطرفين ٠

(٣٢) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم (٣٩١ ، ص ٣٩٢) ٠

(٣٣) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٥٥٨ ص ٩٣٧ ٠

٣٥٣ ـ المقاصة فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

أولا ـ فى ماهية المقاصة وشروطها جاء نص المادة ٣٥١ من المشروع على النحو التالى :

« ١ ـ للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، اذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة ، وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة قضاء ·

٢ ـ ولا يمنع المقاصة ان يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن » ·

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٢ من القانون المدنى المصرى الحالى · كما تطابق أيضا المادة ٤٢٥ من القانون المدنى الكويتى ·

ونصت المادة ٣٥٢ من المشروع أيضا على أنه « يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ، ولكن يجب عليه فى هذه الحالة ان يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق أو الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك ·

والمادة تطابق المادة ٣٦٢ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٤٢٦ من القانون المدنى الكويتى ·

ثانيا ـ وفى أحوال منع المقاصة ، نصت المادة ٣٥٣ من المشروع على ما يأتى :

« تقع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية » :

(أ) اذا كان احد الدينين رد شيء نزع دون حق من يد مالكه ·

(ب) اذا كان احد الدينين رد شيء مودع أو معار عارية استعمال ·

(د) اذا كان احد الدينين غير قابل للحجز » ·

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٦٤ من القانون المدنى المصرى الحـالى ٠ وهى تطابق أيضا المـادة ٤٢٧ من القانون المدنى الكويتى وفى التمسك بالمقاصة والنزول عنها وآثارها ، نصت المـادة ٣٥٤ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ لا تقـع المقاصـة الا اذا تمسك بهـا من له مصلحة فيهـا ، ولا يجـوز النزول عنها قبـل ثبـوت الحـق فيها ٠

٢ ـ ويترتب على المقاصـة انقضاء الدينين بقـدر الأقـل منهما ، منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة ، ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٦٥ من القانوز المدنى المصرى الحـالى ، كما تطابق المـادة ٤٢٨ من القانون المدنى الكويتى ٠

ثالثا ـ وفى قيود التمسك بالمقاصة القانونية ، نصت المـادة ٣٥٦ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ لا يجـوز أن تقـع المقاصة اضرارا بحقوق كسبها الغير ٠

٢ ـ فاذا أوقـع الغير حجزا تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائنـا لدائنه ، فلا يجـوز أن يتمسك بالمقاصـة اضرارا بالحاجز » ٠

والمـادة تطابق المـادة ٣٦٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا المـادة ٤٣٠ من القانون المدنى الكويتى ٠

وفى اطار هـذه القيود أيضا ، نصت المـادة ٣٥٧ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا حـول الدائن حقـه للغير وقبـل المدين الحـوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبـل قبوله للحـوالة ، ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل ٠

٢ ـ أما اذا كان المدين لم يقبل الحـوالة ولكن اعلن بها ، فلا تمنعه هـذه الحـوالة من ان يتمسك بالمقاصـة » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٦٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا المـادة ٤٣١ من القانون المدنى الكويتى ٠

ونصت المـادة ٣٥٨ من المشروع على أنه « اذا وفى المدين دينا وكان له أن يطلب المقاصـة فيه بحـق له ، فـلا يجـوز له أن يتمسك اضرارا بالغـير بالتأمينات التى تكفل حقـه ، الا اذا كان يجهل وجـود هـذا الحـق » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٦٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٤٣٢ من القانون المدنى الكويتى ٠

المبحث الخامس

اتحـاد الذمة

LA CONFUSION

٣٥٤ ـ تعريف وكيفية تحققه :

يقصـد باتحـاد الذمة ، ان تجتمع فى شخص واحـد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لنفس الدين(٣٤) · وغالبا ما يتحقق اتحـاد الذمة بالوفاة ولكن يتصور ايضا تحققه حال الحياة ·

واتحاد الذمة اذ يتحقق بواقعة الوفاة ، فاننا نكون امام احتمال من اثنين ، فى الاول منهما يتوفى الدائن ويرثه المدين باعتباره وارثا وحيـدا لا شخص غيره · وهنا تنتقل كل حقـوق الدائن الى المدين ومنها حقـه فى ذمة الأخير · وينقضى الدين كليا باتحاد الذمة · أما و الثانى ، يتعـدد الورثة ويكون المدين واحدا منهم وهنا لا ينقضى من الدين باتحاد الذمة الا القـدر الذى يعـادل حصة المدين الوارث(٣٥) وقـد ضمن المشرع المدنى الكويتى الأحكام السابقة المـادة ٤٣٣ ونصها كالآتى : « اذا اجتمع فى شخص واحـد صـفتا الدائن والمدين بالنسبة الى التزام واحد انقضى هذا الالتزام بالقـدر الذى اتحـدت فيـه الذمة » (م· ١/٣٧٠ مدنى مصرى) ·

اضافة الى كل ما تقـدم ، فان اتحـاد الذمة يمكن ان يتحقق اثنـاء الحياة ، كما لو اكتسب المدين حـق الدائنية(٣٦) ·

L'equisition de la créance par le débiteur lui même

وتطبيقا لذلك فانه لو قامت احـدى الشركات بشراء ما أصـدرته من سندات ، فأنها – والسند يمثل دينا عليها – تصبح دائنا · ومن ثم تجتمع بالنسبة لهـا صفتا الدائن والمدين ·

SAVATIER : op. cit., n. 310, p. 387.

MAZEAUD : op. cit., n. 1141, p. 1054.

" Lorsqu'une Personne meurt, laissant plasieurs héritiers, la confusion n'atteint qu'une fraction de l'obligation".

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 857, p. 86060.

٣٥٥ - آثار اتحـاد الذمة :

يترتب على اتحاد الذمة على ما ذكرنا انقضاء الالتزام بالقـدر الذى اتحدت فيه الذمة • وقد تناول المشرع المدنى الكويتى فى المـادة ٤٣٣ (م• ٢/٣٧٠ مدنى مصرى) فرضا يزول فيه وبأثر رجعى السبب الذى أدى الى اتحاد الذمة • والمـادة يجرى نصها على النحو التالى :

« اذا زال السبب الذى أدى الى اتحـاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى عاد الالتزام الى الوجـود هـو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا ويعتبر اتحـاد الذمة كان لم يكن » •

والمعنى الواضح للنص يؤدى بنا الى القـول بأنه اذا وجـد من الأسباب ما يترتب عليه زوال اتحاد الذمة بأثر رجعى ، فان اتحاد الذمة يعتبر كان لم يكن ويعـود الدين كما كان بأصله وتأميناته • ويمكننا أن نتصور زوال سبب اتحاد الذمة بأثر رجعى بابطال التصرف الذى أدى الى وجـوده[٢٧] كما لو أوصى دائن لمدين بماله فى ذمته وكان عقـد الوصـية قابلا للابطال لسبب أو لآخر من الاسباب التى تؤدى الى ذلك • فلو مات الموصى تحقق اتحاد الذمة لكن لو ابطلت الوصـية فان اتحـاد الذمة يزول ويعتبر كان لم يكن ويعـود الدين الى وجـوده الأصلى • مثال ذلك أيضا لو ابطـل العقـد الذى اشترى به المستأجر العين المؤجرة •

وليس لنـا من تعليق على هـذا الحكم الذى أورده النص السابق ، سوى القـول أنه يتعين علينا الحـذر معه عند تكييف اتحـاد الذمة على أنه سبب لانقضاء الالتزام فاذا كان زوال السبب الذى أدى الى اتحاد الذمة يؤدى - اذا كان الزوال بأثر رجعى - الى ظهور الدين الى الوجـود ، فان معنى ذلك أن الدين لم ينقض فى أى وقت من الاوقات باتحاد الذمة هذا والذى زال بزوال سببه • كل ما هنالك أن اتحاد الذمة باجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحـد بالنسبة لنفس الدين انمـا يشكل - وهـذا هـو الدور الحقيقى لاتحـاد الذمة فى نظرنا - مانعـا أمام المطالبة بالدين • اذ لا يعقـل أن يطالب الشخص نفســه •

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 857, p. 860.

وفى هذا المعنى أيضا : مصطفى الجمال وجلال العدوى ، أصول المعاملات ، ص ٣٥٥ •

٣٥٦ – اتحاد الذمة فى المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المـالية :

نصت المـادة ٣٥٩ من المشروع على ما ياتى :

« ١ – اذا اجتمع فى شـخص واحـد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد ، انقضى هـذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة ٠

٢ – ومع ذلك ، اذا أصبح الدائن وارثا للمدين ، فلا ينقضى الدين باتحاد الذمة ، بل يقتضى الدائن دينه من التركة مع بقية الدائنين » ٠

والمـادة تطابق فى فقرتها الاولى المـادة ٣٧٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ أما فقرتها الثانية فمستحدثة ٠ وتعالج الفرض الذى يصـير فيه الدائن وارثا لوفاة مدينه ٠ ومؤدى الحكم الوارد أن الدائن يحصل على الدين من التركة تطبيقا لقاعدة لا تركة الا بعد سداد الدين ٠ ثم يحصل على نصيبه فى تركة المدين باعتباره وارثا ٠ ويلاحظ أن سبب انقضاء الدين ليس اتحاد الذمة ولكنه الوفاء والفقرة لا نظير لها فى القانون المدنى الكويتى ٠

ونصت المـادة ٣٦٠ من المشروع على انه « اذا زال السبب الذى أدى الى اتحـــاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين الى الوجــــود ٠ هو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن » ٠

وهذه المـادة تطابق الفقرة الثانية من المـادة ٣٧٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٤٣٤ من القانون المدنى الكويتى ٠

المبحث السادس

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء فى الفقه الاسلامى

٣٥٧ ـ تقسيم :

ينقضى الالتزام فى الفقه الاسلامى بعدة طرق غير الوفاء · ومن هذه الطرق ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء على نحو ما ذكرنا ونحن نتناول هذه الطرق بالدراسة فى القانون المدنى الذى لا يختلف عن هذا الفقه بشأنها ·

وسوف نتناول منها فى الفقه الاسلامى ، الوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد والانابة واتحاد الذمة ، وسوف نبدأ بالمقاصة أولا وهى محل اهتمام الفقه الاسلامى ونخصص لها مطلبا · ثم نتناول الطرق الأخرى تباعا كل فى مطلب ، على ان نخصص للتجديد والانابة مطلبا معا ·

المطلب الأول

المقاصـــة فى الفقه الاسلامى

٣٥٨ ـ تعريف المقاصة وانواعها :

عرف ابن جزى المـالكى المقاصة بقوله « هى اقتطاع دين من دين »[٣٨] ·
وقد عرفها ابن القيم فى اعلام الموقعين[٣٩] على انها « سقوط أحد الدينين بمثله جنساً وصـفة » وعرفهـا أيضـا مرشـد الحيران فى المـادة ٢٢٤ بقـوله « هى اســقاط دين مطـلوب لشــخص من غريمـه فى مقـابلة دين مطـلوب من ذلك الشخص لغريمـه » ·

انواع المقاصة :

المقاصة فى الفقه الاســلامى اما جبرية او اتفاقية[٤٠] فالمقاصـــة القضائية غير معروفة فيه[٤١] · وقد أوضحت ذلك المـادة ٢٢٥ من مرشــد الحيران بقولها « المقاصة نوعان جبرية تحصل بنفس العقد واختيارية تحصل بتراضى المتداينين » ·

---

(٣٨) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل · الباب الثانى عشر من الكتاب الرابع ، المقاصة فى الديون ، ص ٣٢٠ ·

(٣٩) اعــلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبى عبد الله محمد بن ابى بكر المعروف بابن قيم الجـوزية المتوفى عام ٧٥١ هـ ، راجعه وقـدم له وعلق عليه طه عبد الرووف سعد ، جـ ١ ، دار الجيل ، بيروت ، آخر ص ٣٢١ ·

(٤٠) راجع فى انواع المقاصـة : محمد سـلام مدكور ، المقاصـة فى الفقـه الاسلامى · بحث منشور على جزاين فى مجلة القـانون والاقتصاد · الجزء الأول فى مجلـد يضم العــددين الأول والثانى ، السنة الثامنة والعشرون مارس ويونيــه ١٩٥٨ ، الجزء الثانى العـدد الرابع من نفس المجلة ، السنة التاسعة والعشرون ، ديسمبر ١٩٥٩ م ·

ويقول أن المقاصة فى الفقه الاسلامى اما جبرية طلبية واما اتفاقية ·

وراجع فى المقاصة الجبرية والاتفاقية : المبسوط ، لشمس الدين السرخسى ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، الجزء الثانى عشر ، ص ٢٠٧ ·

(٤١) راجع ، محمد سلام مدكور ، المرجع السابق · ويقول ان سلطان القاضى هــو الفصـل فى المنازعات ودوره فى المقاصــة الجبرية كاشف وليس منشئا · ولا يمـلك القاضى أن ينشىء مقاصة · فالمقاصة تبـادل لا يملكه القاضى ·

الجزء الثانى من البحث فى موقعة كما أشرنا اليه ، رقم ١٣٠ ، ص ١٢ من البحث و ص ١٠٤٦ من مجلة القانون والاقتصاد) ·

وسوف نقصر بحثنا هنا على المقاصة الجبرية دون غيرها • فالفقه الاسلامى قد أسدى عنايته فى تفصيل أحكامها • أما التفاصيل بخصوص غيرها فلا يتسع المقام له الان • كذلك فقد كان حرصنا على دراسة هذا النوع من المقاصة وهو أهم أنواعها فى هذا الفقه حتى يتحقق الاتساق فى دراستنا وعرضنا لموضوع المقاصة بصفة عامة سيما وأن المشرع المدنى لم ينظم ـ على ما ذكرنا ـ الا المقاصة القانونية ، أى تلك التى تقع بقوة القانون ، وهى جبرية • ونبحث ماهية المقاصة الجبرية فى الفقه الاسلامى وشروطها وآثارها •

٣٥٩ ـ أولا ـ ماهية المقاصة الجبرية[٤٢] :

المقاصة الجبرية تلك التى تقع بنفسها بمجرد التلاقى ولا تتوقف على التراضى وتتم بغير اتفاق أو طلب متى توافرت شروطها • فمن ثبت له على غريمه مثل ما له عليه من الدين جنساً وصفة وطولا وقعت المقاصة • وهو المعنى المستفاد عند الحنفية كما جاء به صاحب مرشد الحيران فى المادة ٢٢٦[٤٣] •

وقال صاحب المغنى أيضا فى مسألة من كان له على أحد حق فمنعه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه « وجملته أنه اذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له أن يأخذ من ماله الا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم فان أخذ من ماله شيئاً بغير اذنه لزمه رده اليه وان كان قدر حقه لانه لا يجوز أن يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وان كانت من جنس حقه لانه قد يكون للانسان غرض فى العين فان أتلفها أو تلفت فصارت دينا فى ذمته وكان الثابت فى ذمته من جنس حقه تقاصا فى قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعى »[٤٤] •

---

(٤٢) راجع ، محمد سلام مدكور ، الجزء الاول من بحث المقاصة فى الفقه الاسلامى ، مشار اليه من قبل ، رقم ٢٠ ، ص ١٦ ، رقم ٢١ ، ص ١٦-١٨ ، رقم ٢٢ ، ص ١٩-٢١ •

(٤٣) ونص المادة ٢٣٦ من مرشد الحيران كما يلى « يشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا ولا يشترط فى المقاصة الاختيارية فاذا كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين فى الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالا والاخر مؤجلا أو أحدهما قويا والآخر ضعيفا فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضى المتداينين سواء اتحد سببهما أو اختلف » • وفى تعريف المقاصة الجبرية تقول محكمة جرجا الشرعية « تحصل المقاصة بين الديون المتساوية من تلقاء نفسها وتبرأ بها الذمة بدون توقف على ارادة المتداينين وان اختلفت فلا بد من رضاء صاحب الدين القوى » قضية رقم ١١١ لسنة ١٩٣٩ ، جلسة ١٩٤٠/٩/١٨م انظر الحكم : مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، للقاضى أحمد نصر الجندى ، دار الفكر العربى ، مبدأ (٩) ، ص ٨٣١ •

(٤٤) المغنى لابن قدامه ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثانى عشر ، ص ٢٢٩ •
راجع أيضا : ص ٢٣١ ، ص ٣٨٨ ، ص ٣٩٢ •

وجاء فى الام للامام الشافعى بخصوص المقاصة الجبرية :

« واذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثاه فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول هو قصاص وبه يأخذ ، وكان ابن ابى ليلى يقول لا يكون قصاصا الا أن يتراضينا به فأن كان لاحدهما على صاحبه مال مخالف لذلك لم يكن ذلك قصاصا ... واذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله لا يختلفان فى وزن ولا عدد وكانا حالين معا فهو قصاص فان كانا مختلفين لم يكن قصاص الا بتراض ولم يكن التراضى جائزا الا بما تحل به البيوع »(٤٥) .

والمعنى الواضح لذلك ان الشافعى رحمه الله يرى المقاصة جبرية اذا اتحد الدينان جنسا ووصفا وقدرا وحلولا . فان اختلف الدينان لا تقع المقاصة الا بالتراضى ولا تكون جبرية وانما اختيارية الا اننا نلحظ فيما أوردناه عنه أنه ذكر ما يراه ابن أبى ليلى من ضرورة التراضى فى المقاصة .

ونجد المقاصة الجبرية عند الحنابلة ايضا . ففى بيان حكم ما لو كان لكل واحد من السيد والمكاتب على صاحبه دين قال صاحبا المغنى والشرح الكبير « فان كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل أن كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا نقدا من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلا واحدا تقاصا وتساقطا »(٤٦) .

٣٦٠ ـ ثانيا ـ شروط المقاصة الجبرية :

لا تقع هذه المقاصة من تلقاء نفسها الا بتوافر شروطها وهى كما يلى :

١ ـ وجود دينين متقابلين :

يشترط لوقوع المقاصة الجبرية وجود دينين متقابلين . وهو ما يعبر عنه فى الفقه الاسلامى بتلاقى الدينين على معنى اجتماعهما فى حيز واحد(٤٧) .

---

(٤٥) الام ، للامام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ، الجزء السابع ، مشار اليه من قبل . انظر : باب فى الدين ، ص ١٢١ .

(٤٦) المغنى ، للشيخ الامام العلامة موفق الدين أبى محمد عبد الله بن احمد بن محمود ابن قدامه ويليه الشرح الكبير على متن المقنع للشيخ الامام شمس الدين ابى الفرج عبد الرحمن ابن أبى عمر محمد أحمد بن قدمه المقدسى .

راجع ايضا كشاف القناع للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الرابع ، ص ٥٥٢ .

(٤٧) محمد سلام مدكور ، الجزء الاول من بحثه المشار اليه من قبل رقم ٣٦ ص ٢٣ .

ويتحقق ذلك بأن يكون هناك شخصان كل منهما دائن ومدين للآخر فى نفس الوقت • وعلى كل حال فالشرط واضح فيما ذكرناه من تعاريف لهذا النوع من المقاصة •

٢ ـ تماثل الدينين فى المحل :

وفحوى الشرط أن يتحد الدينان فى الجنس والصفة • ونصت على هذا الشرط ـ كما مر بنا ـ المادة ٢٢٦ من مرشد الحيران واشار صاحبه الى ذلك ايضا فى المادتين ٢٣٠ ، ٢٣١ •

وعلى ذلك فانه لو اختلف الدينان فى الجنس أو الصفة لما وقعت المقاصة الجبرية[٤٨] • ويجعل الفقه لاختلاف الدينين فى القوة حكم اختلافهما فى الجنس من حيث كونه مانعا للمقاصة الجبرية •

فقد جاء فى الاشباه والنظائر لابن نجيم « للزوج عليها دين وطلبت النفقة لا تقع المقاصة بدين النفقة بلا رضاء الزوج بخلاف سائر الديون لأن دين النفقة أضعف كالاختلاف الجنس فشابه ما اذا كان احد الحقين جيدا والآخر رديئا »[٤٩] •

٣ ـ استحقاق الدينين للأداء :

اشترطت المادة ٢٢٦ من مرشد الحيران « اتحاد الدينين •••• حلولا حتى تقع المقاصة الجبرية ••• فان كان الدينان ••• مؤجلين أو أحدهما حالا والآخر مؤجلا •• فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضى المتداينين ••••»[٥٠] •

---

(٤٨) قارن : ما قاله ابن جزى « لا يخلو أن يتفق جنس الدينين أو يختلفا فان اختلفا جازت المقاصة » • راجع د قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، الموقع السابق • راجع ايضا عند الحنفية وقد اخذت المادة ٢٣٦ من مرشد الحيران بما فى حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ص ٣٦٦ •

(٤٩) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٦٦ •

(٥٠) قارن موقف الحنابلة كما جاء فى كشاف القناع بهذا الخصوص « ومن ثبت له على غريمه مثل ما له عليه من الدين قدرا وصفة حالا أو مؤجلا اجلا واحدا ، لا حالا ومؤجلا تساقطا » • راجع كشاف القناع للبهوتى الجزء الثالث ، مشار اليه من قبل ، ص ٣١٠ ، وهو نفس ما نقلناه عن المغنى من قبل وأوردناه ونحن نظهر وجود المقاصة الجبرية عند الحنابلة •

٤ ـ الا يترتب عليها اى ضرر :

لا تقع المقاصة الجبرية اذا كان يترتب عليها ضرر · من ذلك عند الحنابلة ، ما جاء فى كشاف القناع[٥١] : « لو تعلق بأحد الدينين حق كما لو باع الراهن لتوفية المرتهن فمن له عليه حق مثل الثمن الذى باعه به فلا مقاصة لتعلق حق المرتهن به ·· وكما لو بيع بعض مال المفلس على بعض غرمائه بثمن فى الذمة بجنس ماله على المفلس فلا مقاصة لتعلق حق باقى الغرماء بذلك ، ومن عليها دين من جنس واجب نفقتها لم يحتسب به عليها من نفقتها مع عسرتها لأن قضاء الدين بما فضل عن النفقة ونحوها » ·

وكما يبين لنا من النص الفقهى ، فان المقاصة تحدث ضررا ومن ثم لا تقع لو تعلق بأحد الدينين حق · ومن امثلة ذلك أن يقوم الراهن ببيع الرهن لدائن آخر له ليس مرتهنا حتى يوفى المرتهن دينه من الثمن · وقد صار المشترى مدينا بالثمن للراهن وهو فى الأصل دائن له ، فان المقاصة لا تقع بين دينه بالثمن للراهن والدين الذى فى ذمة الراهن له ، وعلة عدم وقوعها ان فيه اضرارا بحق المرتهن · ومن أمثلة ذلك ايضا أن يقوم المفلس ببيع بعض ماله على بعض غرمائه · فالمشترى من الغرماء وقد صار مدينا بالثمن للمفلس وهو فى الأصل دائن له ، فان المقاصة لا تقع بين الدين بالثمن للمفلس والدين الذى فى ذمة الأخير له ولو كانا متماثلين · وعلة عدم وقوعها أن فيه اضرارا بحق الباقى من الغرماء · ومن امثلة ذلك أيضا عدم وقوع المقاصة بين ما فى ذمة المرأة من دين وما فى ذمة صاحبه من دين نفقتها لأن قضاء الدين يكون مما فضل عن النفقة · فتقديم النفقة على قضاء الدين يكون دفعا للضرر ·

٥ ـ ألا يترتب عليها محظور دينى[٥٢] :

يشترط لوقوع المقاصة الجبرية الا يترتب عليها محظور · ومثال ذلك ما أورده صاحب كشاف القناع فى هذا الخصوص[٥٣] حين قال « اذا كانا (أى الدينان) أو كان أحدهما دين سلم فلا مقاصة ولو تراضيا لأنه تصرف فى دين السلم قبل قبضه وهو غير صحيح » ·

---

(٥١) راجع ، كشاف القناع للبهوتى ، الجزء الثالث ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق ·

(٥٢) راجع فى هذا الشرط ، محمد سلام مدكور ، الجزء الاول من بحثه عن المقاصة فى الفقه الاسلامى ، مشار اليه من قبل ، رقم ١١٠ ، ص ٨٥ ·

(٥٣) راجع كشاف القناع للبهوتى ، الجزء الثالث ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق ·

ويلاحظ بعد كل ما تقدم ، أن شروط المقاصة القانونية تلتقى فى مجموعها مع شروط المقاصة الجبرية فى الفقه الاسلامى ٠

٣٦١ ـ حالات منع فيها الفقه الاسلامى وقوع المقاصة الجبرية استثناء :

اذا كان الأصل هو وقوع المقاصة الجبرية بمجرد توافر شروطها السابقة ، فالفقه الاسلامى منع ـ وعلى سبيل الاستثناء ـ وقوعها فى الحالات الآتيــــة :

١ ـ لو كان للمودع لديه دين فى ذمة المودع فلا تقع المقاصة الجبرية بين الدينين دين المودع لديه ويتمثل فى التزامه بالرد ودين المودع قبل المودع لديه(٥٤) ٠

٢ ـ لا تقع المقاصة الجبرية أيضا بين المال المغصوب من جهة ـ والغاصب يلتزم برده ـ وما للغاصب فى ذمة المغصوب منه من جهة أخرى(٥٥) ٠

ويلاحظ أن القانون المدنى قد استثنى الحالتين السابقتين ايضا من وقوع المقاصة القانونية ولو توافرت شروطها وذلك فى المادة ٤٢٧/أ ، ب مدنى كويتى ، ٣٦٤/أ ، ب مدنى مصرى كما عرضنا لهما من قبل ٠

---

(٥٤) راجع الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه فيما سبق ، الموقع السابق ٠ ونصت على هذه الحالة الاستثنائية ايضا المادة ٢٢٨ من مرشد الحيران ونصها كالآتى « اذا كان للمستودع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد فلا تصير قصاصا بالدين الا اذا اجتمعا وتقاصا ٠٠٠ » ٠

(٥٥) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، الموقع السابق ٠ ونصت على هذه الحالة المادة ٢٢٩ من مرشد الحيران « اذا كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها فلا تصير العين قصاصا فى دينه الا اذا تقاصا ٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠ » راجع ايضا : حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار مشار اليها من قبل ، الجزء الخامس ، الموقع السابق ـ وهو ما قال به صاحب كشاف القناع من الحنابلة ٠ حيث « يتساقط الدينان بفعل المقاصة ان اتفقا قدرا او بقدر الاقل منهما اذا كان أحد الدينين اكثر من الآخر » ٠٠ راجع كشاف القناع للشيخ البهوتى ، مشار اليه من قبل الموقع السابق ٠

٣٦٢ ـ ثالثا ـ آثار المقاصة الجبرية :

يترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ٠ وقد أوضحت هذا الأثر المادة ٢٢٧ من مرشد الحيران بقولها « انما تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ٠٠٠٠ » وعلى ذلك ينقضى بها الدين الأقل كليا وما يقابله من الدين الأكبر الذى ينقضى جزئيا ، كما هو واضح ، فان أثر المقاصة القانونية فى القانون المدنى كما عرضنا له فى المادة ٢/٤٢٨ مدنى كويتى ، ٣٦٥ مدنى مصرى لا يختلف عن أثر المقاصة الجبرية فى الفقه الاسلامى ٠

المطلب الثانى

الوفاء بمقابل فى الفقه الاسلامى

٣٦٣ - عرف الفقه الاسلامى الوفاء بمقابل باعتباره سببا ينقضى به الالتزام • والوفاء بمقابل فى هذا الفقه يعنى - كما سنرى عند بيان تطبيقاته فيه - رضاء الدائن فى استيفاء حقه بشىء آخر غير الشىء المستحق له أصلا • وهو المعنى الذى أخذت به المادة ٤١٤ من القانون المدنى الكويتى (م ٣٥٠ مدنى مصرى) •

وقد عبر الفقه الاسلامى عن الوفاء بمقابل بتعبير الاستبدال ومنه الشافعية فقد جاء فى الاشباه والنظائر للسيوطى أنه « لا يصح بيع الدين بالدين قطعا » واستثنى منه الحوالة للحاجة وأما بيعه لمن هو عليه فهو الاستبدال »[٥٦] • فالاستبدال على هذا النحو ، وهو بيع دين لمن هو عليه ينبنى على أن الدين يستبدل به عوض آخر[٥٧] • وهذا هو جوهر الوفاء بمقابل • وهذا الاستبدال قد يكون صلحا وبه يتحدد تطبيق من تطبيقات الوفاء بمقابل فى الفقه الاسلامى وذهب الى ذلك المالكية • فقد قال ابن جزى المالكى ، الصلح على نوعين الثانى منهما « صلح على عوض فهذا يجوز الا أن أدى الى حرام وحكمه حكم البيع سواء كان فى عين أو دين فيقدر المدعى به »[٥٨] •

وعند الحنفية ، نجد الاستبدال عبارة عن صلح أيضا فلو كان المدعى به عينا معينة دارا او ارضا او عرضا وأقر المدعى عليه بها للمدعى وصالحه عنها بنقود معلومة أو بعقار معلوم او عرض معلوم صح الصلح ويكون حكمه حكم البيع (م ١٠٣٠ من مرشد الحيران) •

---

(٥٦) الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٣٠ •

(٥٧) مع ملاحظة انه لا يجوز الاستبدال فى السلم • راجع فى هذا الخصوص • الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٣١ •

(٥٨) قوانين الأحكام الفقهية ومسائل الفروع الفقهية ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٦٦ •

وعند الحنابلة نجد ايضا ان « الصلح عن الحق المقربه على غير جنسه معاوضة يصح بلفظ الصلح . فالصلح عن نقد بنقد صرف وعن نقد بعرض أو عن عرض بنقد أو عن عرض بعرض بيع أو عن عرض أو نقد بمنفعة أو اجارة فيشترط لصحته ما يشترط لصحة هذه العقود ... » (م. ١٦٢٦ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل) . ونصت المادة ١٦٢٨ من هذه المجلة ايضا على أنه « يصح الصلح عن الدين بغير جنسه مطلقا ، وبشيء فى الذمة أيضا كان يصالحه عن دينار فى ذمته بأردب من قمح أو نحوه فى الذمة . لكن يشترط القبض قبل التفرق »(٥٩) .

وبين لنا من كل ما تقدم ان الصلح لدى الجمهور فى الفقه الاسلامى يعد فى جوهره استبدالا ويمثل بمضمونه وفاء بمقابل . فالصلح وهو معاقدة يتوصل بها الى موافقة بين مختلفين(٦٠) أو وهو عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما(٦١) يؤدى الى نتيجة هى : أن الدين يستبدل به عوض آخر فلو كان النزاع على عقار مثلا أقر المدعى عليه به للمدعى به وصالحه عنه بنقود معلومة كان معنى ذلك أن الدائن باستحقاق العقار قد رضى فى استيفاء حقه هذا بشيء آخر غير المستحق أصلا . وهذا هو الوفاء بمقابل . ولكن يلاحظ أن الفقه الاسلامى يجرى على هذه الحالة حكم البيع – وخاصة من حيث شروط الصحة – وهذا واضح عند المالكية والحنفية والحنابلة على ما قدمنا . ويقترب منه فى ذلك القانون المدنى وقد طبق على الوفاء بمقابل وفى انتاجه لآثاره على وجه الخصوص أحكام البيع فى المادة ٤١٥ مدنى كويتى (م. ٣٥١ مدنى مصرى) .

---

(٥٩) يلاحظ ما نصت عليه المادة ١٦٢٧ من نفس المجلة من انه « لا يصح الصلح عن حق بجنسه اذا كان اكثر منه .... » . وراجع أيضا المادة ١٦٢٠ من المجلة المذكورة أيضا .

ومن تطبيقات ذلك فى المملكة العربية السعودية : اذا اصطلح شخص مع آخر عن دين بدين اقل منه من جنسه لم يصح الصلح لامرين :

١ – ان ذلك بيع دين بدين .

٢ – للربا . راجع فى هذا التطبيق : تعميم سماحة رئيس القضاة رقم ٣١٧ وتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٢ . مجموعة الانظمة واللوائح والتعليمات ، وزارة العدل ، فهرس اهم التعاميم الصادرة بتوقيع سماحة رئيس القضاه ، ص ٩٤ .

(٦٠) راجع نص المادة ١٦١٦ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد ابن حنبل فى تعريفها للصلح .

(٦١) راجع نص المادة ١٠٢٦ من مرشد الحيران فى تعريفها للصلح .

٣٦٤ ـ ويمكن ان نضيف أيضا ما نعتقــد انه من تطبيقات الوفاء بمقابل فى نصــوص مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل بخصوص القرض بصفة خاصة ٠ وجاء بها أنه « لا يصح اشتراط المقرض رد مال القرض بعينه » (م٠ ٧٤٦) ٠ وجاء أيضا « لا يلزم المقترض رد عين مال القرض ولو كان باقيا ٠٠٠ » (م٠ ٧٤٨) ٠ وجاء ايضا أنه يجــوز للمقترض « أن يقضى خيرا ممــا أخــذ أو دونه برضاهما ولو بزيادة او نقص فى القــدر أو الصــفة من غير شرط ولا مواطــأة ٠ مثلا لو اقرضــه زيوفا أو مالا فقضاه جيدا أو زاده عمــا اخــذ أو بعكس ذلك من غير اتفــاق سابق جاز وحــل للمقرض » (م٠ ٧٥٣) ٠ والمعنى الواضح لكل ذلك أن المدين أى المقترض «هــو ملتزم بالوفاء ورد القرض ليس ملزما أن يرد مال القرض بعينه بل يمكن أن يؤدى عــوضا آخر يسمى بدل القرض بشرط التراضى ٠ وبدل القرض على حــد قــول المــادة ٧٢٥ من المجــلة المذكورة « هــو المــال الذى يرده المقترض الى المقرض عوضا عن القرض » ٠ وخلاصــة ذلك أن الدائن المقرض قــد رضى فى استيفاء حقــه بشىء آخر غــير الشىء المستحق أصــلا ٠ وهــذا هــو الوفاء بمقــابل ٠

المطلب الثالث

اتحـاد الذمة فى الفقه الاسلامى

٣٦٥ ـ اتحـاد الذمة ، ويعنى اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحـد بالنسبة لنفس الدين ، معروف فى الفقـه الاسلامى كسبب ينقضى به الالتزام . وندلل على ذلك بتطبيقات تضمنتها بعض كتب هذا الفقه

٣٦٦ ـ وأول هـذه التطبيقات جاء فى كتب المـالكية :

ورد فى قـوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المـالكى(٦٢) ٠

« اذا كان على أحـد الورثة دين للمتوفى جمع مـع سـائر التركة وقسم المجموع على الفريضة ٠ فان صار للمـديان من التركة مثل دينه اسقطت سهمه ودينه وقسمت باقى التركة على سائر الورثة ، وان صار له أكثر من دينـه أخـذ الزائد من التركة وقسمت الباقى على سائر الورثة وان صار له اقـل من دينـه اسقطت ما صار من دينـه وتبعـه سائر الورثة بالباقى على محاصتهم فيقسمون المـال الحاضر على سهامهم دونه » ٠

واذا امعنا النظر فى هـذا النص الفقهى ، وجـدنا اتحـاد الذمة ـ ويعنى اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحـد بالنسبة لنفس الدين ـ وقـد تحقق بالميراث فى حالة وفاة الدائن ووراثته من المدين حيث تجتمع فى الأخـير صفتا الدائن والمدين وتفصل الأمر حسبما جاء به النص المشار اليـه فى فرضين على النحـو التـالى :

الفرض الأول ـ اذا تعـدد الورثة وكان المدين واحـدا منهم :

هناك احتمالات ثلاثة :

١ ـ وفيـه تكون قيمة الدين على المدين الوارث اكبر من حصته فى التركة قيمة فينقضى دينه بالقـدر الذى اتحـدت فيـه الذمة ٠ وانقضاء الدين يكون جزئيا ويرجـع عليـه الورثة بالجزء الباقى ٠

---

(٦٢) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ص ٤٣٣ ـ ٤٣٤ ٠

٢ ـ وفيـه يكون قيمة الدين على المدين الوارث أقـل من حصته فى التركة قيمة ٠ وينقضى دينه بالقـدر الذى اتحـدث فيـه الذمة ٠ ومن ثم انقضاء الدين يكون كليـا ٠ ويأخـذ ما تبقى من تركته زائدا بعـد سـقوط الدين ٠

٣ ـ وفيـه تكون قيمـة الدين على المـدين الوارث مساوية لحصته فى التركة قيمـة ٠ حيث ينقضى الدين بالقـدر الذى تحـدث فيـه الذمة وعلى ذلك فالانقضـــاء كلى ٠

الفرض الثانى : أن يكون المدين وارثا وحيدا :

لا تثـور فى هـذا الفرض الاحتمالات التى ذكرناها فى الفرض السابق ٠ فالوارث اجتمعت فيـه صفتا الدائن والمدين ٠ فقـد آل اليـه حـق مورثه ـ الذى كان فى ذمته قبـل الوفاة ـ تركه وهـو الوارث الوحيد ٠ وذلك بغض النظر عن قيمة الدين وبغض النظر أيضا عما اذا كان الدائن المتوفى قـد ترك أموالا أخرى الى جانب حقـه فى ذمة مورثه أيا كانت قيمتها ٠ ففى كل هـذه الأحـوال وما يتفرع عنها من احتمالات لا يعقـل أن يطالب الوارث نفسه ٠

ويبـدو لنـا أن الشافعية يتفقـون مـع المـالكية فيما سبق ٠ جاء فى الاشباه والنظائر للسيوطى « وافتى السبكى ٠٠٠٠ وألف فى ذلك كتابا سماه (منية الباحث عن دين الوارث) ولخصه فى فتاويه فقال :

« يسقط من دين الوارث ما يلزمه أداؤه من ذلك الدين ، لو كان لأجنبى ، وهـو نسبة ارثه من الدين ، ان لم يزد الدين على التركة ، وممـا يلزم الورثة أداؤه منه ان زاد ويرجـع على بقية الورثة ببقية ما يجب أداؤه منه على قـدر حصصهم وقـد يقضى الأمر الى التقاص اذا كان الدين لوارثين ، فاذا كان الوارث حائزا أولا دينا لغيره ودينه مساو للتركة أو أقـل سقط وأن زاد سقط مقـدارها ويبـقى الزائد ٠٠٠ »[٦٣] ٠

٣٦٧ ـ ومن التطبيقات أيضا ما جاء فى كتب الحنفية بخصوص الكفالة والحوالة ٠

وعن الكفـــالة[٦٤] :

ذكرت المـادة ٨٧٣ من مرشـد الحيران أنه اذا مات الدائن المكفول دينـه وانحصر ميراثه فى المديون برىء كفيله من الكفالة ٠٠٠ » ٠

---

(٦٣) الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٢٢ ٠

(٦٤) جاء ذلك فى الفصل الخاص بالابراء من كفالة المـال فى مرشد الحيران ٠

ومفهوم ذلك ان براءة الكفيل وهو الفرع تتبع براءة الأصل وهو المدين وبراءة المدين ترجع الى انقضاء دينه باتحاد الذمة · اذ هو الوارث الوحيد للدائن وتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين · فقد ملك ما فى ذمته(٦٥) ·

أما لو كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المديون فقط وجاء هذا الحكم فى نهاية المادة السابقة لمرشد الحيران(٦٦) ·

وعن الحوالة :

نصت المادة ٩٠٩ من مرشد الحيران فى صدرها على أنه « اذا مات المحتال وكان المحتال عليه وارثا له بطل ما كان للمحيل على المحتال عليه ···· » ·

ومعنى ذلك أنه بوفاة المحتال والمحتال عليه هو وارثه الوحيد ، فان الدين ينقضى كليا بالنسبة للأخير باتحاد الذمة · أما اذا كان للمحتال وارث آخر فلا ينقضى الدين بالنسبة للمحتال عليه الابالقدر الذى اتحدت فيه الذمة ، أى بحدود حصته فى الميراث ومن ثم فالانقضاء هنا يمكن أن يكون جزئيا اذا تصورنا ان قيمة الدين أكبر من حصة المحتال عليه الوارث قيمة · وانقضاء دين المحتال عليه بقدر حصته اذا كان هناك وارث آخر للمحتال جاء فى نهاية المادة المذكورة من مرشد الحيران · وقد أجملت الأحكام السابقة بخصوص الحوالة المادة ٧٠٠ من مجلة الأحكام العدلية اذ قالت « لو توفى المحال له وكان وارثه المحال عليه لا يبقى حكم الحوالة »(٦٧) ·

٣٦٨ – تطبيقات اخرى لاتحاد الذمة فى الفقه الاسلامى :

ما جاء بخصوص فسخ الاجارة اذا تملك المستأجر العين المؤجرة · وفى هذا نصت المادة ٤٤٢ من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتى :

« لو ملك المستأجر عين المأجور بارث أو هبة يزول حكم الاجارة » ·

ومعنى ذلك أن الاجارة تنفسخ فى الفقه الحنفى أو تملك المستأجر عين المأجور · وعلة ذلك ترجع الى اتحاد الذمه · فقد اجتمعت فى شخص

---

(٦٥) راجع الحكم المماثل فى المادة ٦٦٧ من مجلة الاحكام العدلية وشرح سليم رستم باز ، ص ٣٦٧ – ٣٦٨ – شرح المجلة · مشار اليه من قبل ·

(٦٦) راجع حكم مماثل فى المادة ٦٦٧ من مجلة الأحكام العدلية ، وشرح سليم رستم باز ، ص ٣٦٨ شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ·

(٦٧) راجع سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٨٢ ·

واحـد صفتا المؤجر والمستأجر • وينطبق ذلك سواء كان انتقال الملك للمستأجر بالارث أو الهبة وينطبق أيضا ولو كان الملك انتقل للمستأجر بالشراء(٦٨) •

وعلى ما يبـدو ، فقـد أخـذ الحنـابلة – فى رأى لهم – بالحكم السابق أيضا فقـد جاء فى القواعـد لابن رجب ما يأتى : « لو اشترى المستأجر العـين المستأجرة من مؤجرها ففى انفساخ الاجارة وجهان حكاهما الأصحاب وربمـا حكى روايتان » (أحـدهما) ينفسخ لانه ملك الرقبة فبطل ملك المنفعة كما لو اشترى زوجتـه » • والثانى « لا ينفسخ وهـو الصحيح ••• »(٦٩) والظاهر أن مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد ابن حنبل قـد أخـذت بالقـول الثانى وعـدم انفساخ الاجارة فقـد نصت المـادة ٥٥٧ من هـذه المجلة على ما يأتى : « لا تنفسخ الاجارة بانتقـال المـأجور من ملك المؤجر مطلقا سواء كان الانتقال بفعـل المؤجر أم لا ، وسواء الانتقال الى ملك المستأجر أو غيره فـلا تنفسخ ببيع المؤجر العين ولا بهبته ، ولا بوقفـه ، ولا بانتقالها من ملكه بارث او وصـية أو نكاح أو خلع أو صلح أو نحـوه » •

ويتضح لنـا من كل ما تقـدم ، أن اتحـاد الذمة الذى تكلم عنه المشرع المدنى فى المـادة ٤٣٣ من القانون المدنى الكويتى والمـادة ٣٧٠ مدنى مصرى لا يختلف فى طبيعته وكيفية تحققه عن اتحاد الذمة كما عرفه الفقـه الاسلامى ، بل اننا لا نتردد فى القـول بأن القانون قـد اخـذ احكام انقضاء الالتزام باتحاد الذمة عن الفقـه الاسـلامى •

---

(٦٨) راجع سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٤٩ •

(٦٩) القواعد فى الفقه الاسلامى ، لابن رجب الحنبلى ، مشار اليه من قبـل ، القاعدة الخامسة والثلاثون ، ص ٤٣ •

المطلب الرابع
التجـديد والانابة فى الفقه الاسلامى

٣٦٩ ـ مبـدا التجـديد :

أن انقضاء الالتزام بالتجـديد ليس غريبا عن الفقـه الاسلامى • وليس أدل على ذلك مما جاء به مرشـد الحيران وقـد خصص فصلا « فى تجـديد الدين » •

ونصت المـادة ٢٥٠ منه وهى أول نص فى هـذا الفصل على ما يأتى :

« يجـوز فسخ عقـد المداينة الأولى وتجـديدها فى عقـد آخر بتراضى المتـــداينين » •

ومفاد النص انه يجـوز بتراضى الطرفين احـلال دين جـديد محل آخر قـديم يختلف عنه • وهـذا هـو التجـديد فى القانون المدنى باعتباره سببا لانقضاء الالتزام على ما فصلنا من قبـل •

ومثال التجـديد فى الفقـه الاسلامى ، ان يكون زيد مدينا لبكر بمـائة أردب من القمح فيتفقان على أن يلتزم المدين بشعير تساوى قيمته قيمة القمح بدلا منه وكأن يكون زيد مدينا لبكر بمبلغ نقـدى أجرة منزل استأجره زيد مملوك لبكر فيتفق معـه على أن يبقى ذلك الدين بذمته على سبيل القرض[٧٠] •

٣٧٠ ـ تطبيقـات التجـديد :

ومن تطبيقات التجـديد فى الفقـه الاسلامى ما جاء فى المذهب الحنفى ونصت عليه المـادة ١٧٦ من مجلة الأحكام العـدلية من أنه اذا تكرر عقـد البيع بتبديل الثمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقـد الثانى فلو تبايع رجلان مالا معلوماً بمائة غرش ثم بعـد انعقاد البيع تبايعا على ذلك المـال بذهب من ذوات المـائة أو بمائة وعشرة أو بتسعين غرشا يعتبر العقـد الثانى[٧١] • ففى هـذا الفرض ينفسخ العقـد الأول والعبرة بالعقـد الثانى •

---

(٧٠) راجع ، احمد ابراهيم بك ، الالتزامات فى الشرع الاسلامى ، ص ٢٣٦ •

(٧١) راجع سليم رستم باز ، شرح المجـلة ، مشار اليه من قبـل ، ص ٨١ ويقـول ان المراد بتبديل الثمن تبديل جنسه •

وقريب من ذلك ما هــو معروف لدى الحنابلة ونصت عليه المـادة ٣٧١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل من أنه « لو عقــدا بيعــا سرا ثم عقــداه فى مدة خيار المجلس أو الشرط علانية بأكثر أو اقــل فاللازم هــو الثانى ۰۰۰۰ »(٧٢) ۰

٣٧١ ـ آثار التجــديد :

وعن آثار التجــديد فى الفقــه الاسلامى فقــد حصرها صاحب مرشــد الحيران فى المــادتين ٢٥١ ، ٢٥٢ فالنص الأول ابرز للتجــديد أثرين أحــدهما مسقط والآخر منشىء وجاء به : « اذا فسخ عقــد المداينة الأولى وصار تجــديده بعقــد آخر ســقط الدين الواجب بالعقــد الأول وترتب على المدين دين جــديد بالعقــد الثــانى » ۰

وعلى هــذا النحــو ، فان ســقوط الالتزام القــديم يجسد الأثر المسقط للتجــديد ، أما نشؤ الالتزام الجــديد فيمثل الاثر المنشىء ۰ وقــد تناولنا الاثرين فى القانون المدنى ونصت عليهما المــادة ٤١٩ من القانون المدنى الكويتى (م۰ ١/٣٥٦ مدنى مصرى) ۰

وقرين هــذه الآثار ، مسألة انتقال التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين القــديم الى الدين الجــديد ۰ فقــد ذكر النص الثانى من مرشــد الحيران أعنى نص المــادة ٢٥٢ انه « اذا كان الدين الأول مكفولا وفسخ عقــده وصــار تجــديده بعقــد آخر بطلت الكفالة وبرىء الكفيل فلا يطالب بالدين الحاصــل بالعقــد الجــديد الا ان جــددت الكفالة » ۰

ومفهوم النص أن التأمينات الشخصية مثل الكفالة يشملها الأثر المسقط للتجــديد ۰ أى أنها تسقط تبعــا لسقوط الدين القــديم ولا تنتقل لتضمن الدين الجــديد الا اذا تم تجــديدها ۰ وواضح أن المــادة ٤٢١ من القــانون المدنى الكويتى قــد أخــذت بهــذا الحكم ۰

٣٧٨ ـ الانابة :

يرى العلامة السنهورى أن الانابة فى الوفاء وخاصة الانابة القاصرة تتضمنها حــوالة الدين فى الفقــه الاســلامى ۰ فمن المقرر فى هــذا الفقه ، أن

---

(٧٢) راجع ايضا نص المـادة ٣٦٨ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل بخصوص اعتبار الزيادة والحط فى الثمن والمبيع فى مدة خيار المجلس أو الشرط والحاقها بالاصل فيصير الثمن والمبيع ما تراضيا عليه اخيرا ۰

الدين ينتقل بالحوالة كما سنرى فيما بعد · ويكاد يجمع الفقه الاسلامى بجميع مذاهبه على ان الأثر الجوهرى لحوالة الدين يتمثل فى انتقال الدين والمطالبة به الى ذمة المحال عليه · الا نفر من الأحناف ذهب الى غير ذلك · فقال زفر انه لا يترتب على الحوالة انتقال الدين ولا المطالبة به · أما محمد فيرى ان الذى ينتقل بالحوالة ، ليس الدين ، وانما المطالبة به(٧٣) · ومؤدى ذلك ان الدائن يرجع على المحال عليه أولا لأن المطالبة انتقلت ولم تبق عند المدين· فان توى الدين عند المحال عليه ، يرجع الدائن على المدين الأصلى ، اذ تعود المطالبة بالتوى الى المدين لتنضم الى الدين كما كانت · ويقول العلامة السنهورى : لعل حوالة الدين ، عند محمد ، هى ضرب من الانابة القاصرة ، ينيب فيها المدين المحال عليه فى الوفاء بالدين عن طريق نقل المطالبة اليه فيرجع الدائن (المناب) هنا ايضا على المحال عليه (المناب لديه) أولا ، فان توى الدين عنده رجع على المدين (المنيب)(٧٤) ·

---

(٧٣) راجع فيما بعد ، حوالة الدين فى الفقه الاسلامى .آثارها ·

(٧٤) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٢٨ ، هامش رقم (٢) ·

الفصـــل الثالث

انقضـــاء الالتزام دون وفاء

٣٧٩ ـ تقســـيم :

ينقضى الالتزام دون وفاء فى القـــانون المدنى والفقـــه الاسلامى بعـــدة طرق هى الابراء واستحالة التنفيذ ومنع سماع الدعـــوى بمرور الزمن (التقـــادم) ٠

ونتكلم عن هـــذه الطرق فى القـــانون فى مباحث ثلاثة : ونخصص المبحث الرابع لدراســـة هـــذه الطرق فى الفقه الاسلامى ٠

المبحث الأول

الابـــــراء

LA REMISR DE DETTE

٣٨٠ ـ تعـــريف :

يمكننا تعريف الابراء بأن عبارة عن نزول الدائن عن حقـه قبـل المدين دون مقابل يتقاضاه منه أو من غيره ٠

٣٨١ ـ خصـــائص الابراء :

١ ـ فالابراء تصرف قانونى يتم بالارادة المنفردة وهى ارادة الدائن اذ لا دور لرضاء المدين فى وجـوده ٠ واذا كان رضاء المدين ليس شرطا فيه على هـذا النحـو ، فيجب أن يلاحظ أن الابراء لا يرتب آثاره الا اذا اتصـل بعلم المدين ونصت على ذلك المـادة ١/٤٣٥ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٧١ مدنى مصرى) ٠

ويلاحظ أن الفقه الفرنسى[1] يرى فى الابراء عقـدا أو اتفاقا ، يتم بتبادل التعبير عن ارادتى الدائن والمدين ٠ فالارادة الواحـدة لا تكفى ٠

٢ ـ يعـد الابراء من أعمال التبرع ، ولا يكون الا كذلك ومن ثم يخضع للقواعـد الموضوعية التى تحكم التبرعات من حيث توافر اهليـة التبرع فى جانب المتبرع على وجـه الخصوص ،ونصت على ذلك المـادة ٤٣٦ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ١/٣٧٤ مدنى مصرى) ٠

ويرى بعض الشراح فى فرنسـا أن الابراء يمـكن أن يكـون تبرعا أو بمقـابل[2] ويلاحظ ان وجـود المقـابل يجعل الأمر من قبيل التجـديد أو الوفاء

---

(1) CARBONNIER : op. cit., n. 137, p. 538. راجع فى ذلك
MARTY et RANYAUD : op. cit., n. 847, p. 853.
MAZEAUD : op. cit., n. 1195, p. 1102.
SAVA TIER : op cit., n. 321, p. 388.

(2) CARBONNIER : op. cit. راجع فى ذلك
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 848, p. 853-854.

بمقابل • وهذا راى الأستاذة مازو الذى لا يكون الابراء فى نظرهم الا تبرعا[3] •

٣ ـ لا يخضع الابراء لأى شرط شكلى ونصت على ذلك المادة ٤٣٦ من القانون المدنى الكويتى (م• ٢/٣٧٢ مدنى مصرى) بقولها : « لا يشترط فيه (الابراء) أى شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان » •

٣٨٢ ـ آثار الابراء :

يترتب على الابراء انقضاء الدين أو الالتزام ولكن يلاحظ أن الابراء لا ينتج أثره المرجو الا اذا اتصل بعلم المدين كما ذكرنا •

والدين اذ يسقط بالابراء ، يسقط معه ما كان يضمنه من تامينات وما كان يرد عليه من دفوع • وتجدر الاشارة الى أن الابراء يرتد برد المدين كما ذكرنا •

أى أن للمدين رفض الابراء وفى هذه الحالة لا يترتب أثره • فاذا رده المدين ، ترتب على ذلك اعادة الالتزام بما كان يضمنه من تأمينات وما كان يرد عليه من وقوع • ونصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من القانون المدنى الكويتى • ويلاحظ أن القانون المدنى المصرى وان تكلم عن الرد فى المادة ٣٧١ الا انه لم يتناول صراحة آثاره كما فعل نظيره الكويتى على النحو المتقدم •

٣٨٣ ـ الابراء فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

تناول المشروع الابراء باعتباره سببا لانقضاء الالتزام ، ونصت المادة ٣٦١ منه على ما يأتى « ينقضى الالتزام اذا ابرأ الدائن مدينه مختارا ، ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ، ويرتد برده » •

---

(3) MAZEAUD : op. cit.,

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٧١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق الفقرة الأولى من المـادة ٤٣٥ من القانون المدنى الكويتى ٠

كما نصت المـادة ٣٦٢ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ تسرى على الابراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع ٠
٢ ـ ولا يشترط فيـه شكل خاص ، ولو وقـع على التزام يشـترط لقيامه شكل فرضـه القانون أو اتفق عليه المتعاقـدان » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٧٢ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٤٣٦ من القانون المدنى الكويتى ٠

المبحث الثانى

اســتحالة التنفيــذ

Impossibilité d'exécution

٣٨٤ ـ يقضى الالتزام اذا استحال على المدين الوفاء به بسبب أجنبى لا يد له فيه (م٠ ٤٣٧ مدنى كويتى ـ ٣٧٣ مدنى مصرى) ٠ وحتى ينقضى الالتزام على هـذاالنحـو ، ينبغى توافر الشروط الآتية ٠

١ ـ ان يكون الوفاء بالالتزام مستحيلا وليس مرهقـا :

فالالتزام ينقضى ـ على حـد تعبير النص ـ اذا استحال على المدين الوفاء به ، فلو كان الوفاء بالالتزام أى تنفيذه أمرا ممكنا لكنه مرهق للمدين فان الالتزام لا ينقضى ٠

٢ ـ أن تكون الاستحالة دائمـة وليست مؤقتـة :

فلو كانت مؤقتة ترتب عليها وقف التنفيذ وبصورة مؤقتة أيضا ٠ ومن ثم فالالتزام لا ينقضى بها ٠ وبدهى فان الاستحالة الدائمة التى ينقضى بهـا الالتزام ، هى التى تطرأ بعد نشوئه ٠ اذ لا يتصور نشوء الالتزام وهنـاك استحالة سابقة على نشوئه ٠

٣ ـ أن تكون الاستحالة بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه :

ومثال السبب الأجنبى : القـوة القاهرة أو الحادث المفاجىء وخطـأ الدائن وخطـأ الغير بشرط الا يكون ضمن الغير الذى يسأل عنه هـذا المدين ٠

٣٨٥ ـ ولكن يلاحظ ان هناك حالات لا ينقضى فيها الالتزام على الرغم من استحالة تنفيذه بسبب أجنبى وهى حالات يكون المدين فيها قـد ارتكب خطـأ قبـل استحالة التنفيذ هـذه ٠ مثال ذلك ما نصت عليه المـادة ١/٢٨٧ من القانون الكويتى (م٠ ١/٢٠٧ مدنى مصرى) ٠ من أنه « اذا التزم المدين أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد اعذاره ، كان هلاك الشىء عليـه ولو كان هـلاكه قبـل الاعـذار على الدائن » ٠

والمعنى الواضـح لذلك انه اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه بسبب أجنبى كما لو هـلك الشىء لهـذا السبب ، وكان قـد ارتكب خطـأ يتمثل فى أن الدائن قـد اعـذره قبـل ذلك بالتسليم ولم يقم به ، فان الالتزام لا يسقط . صحيح أن تنفيذه عينا قـد غـدا غير ممكن ، لكن يلتزم المدين بالتعـويض . ذلك أن استحالة التنفيذ تظل - ولئن كانت بسبب أجنبى - معزوة الى المدين . وعلة ذلك انه قد ارتكب خطأ يتمثل فى عدم قيامه بالتسليم رغم الاعذار .

٣٨٦ - يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى بتـوافر الشروط السابقة ، انقضاء هـذا الالتزام ، بحيث تبرأ ذمة المدين منه ، وفى نفس الوقت لا يمكن أن يلتزم بتعويض وهذا هو الاصـل .

ويترتب على انقضاء الالتزام أن تنقضى معـه التأمينات التى كانت تضمنه وقـد تضمنت الأثر السابق لاستحالة النفيذ المـادة ٤٣٧ من القانون المدنى الكويتى (م. ٣٧٣ مدنى مصرى) .

٣٨٧ - استحالة التنفيذ فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعامـلات المـالية :

نصت المـادة ٣٦٣ من المشروع على انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ اذ قالت : « ينقضى الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه » .

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٧٣ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطـابق المـادة ٤٣٧ من القانون المدنى الكويتى .

المبحث الثالث

مرور الزمان المانع من سماع الدعوى

٣٨٨ ـ تمهيد وتقسيم :

اخذت غالبية التقنينات المدنية ، لا سيما العربية منها ، بفكرة التقادم المسقط للحق باعتباره سببا لانقضاء الالتزام ٠ وتعنى هذه الفكرة انقضاء حق لم يطالب به صاحبه مدة معينة مع ملاحظة أن المقصود هو الحق الشخصى ٠ وتنبنى هذه الفكرة على اعتبارات عملية حاصلها احترام الاوضاع المستقرة حماية للثقة المشروعة فى التعامل(٤) ٠

وقد رتأى المشرع المدنى الكويتى أن فكرة التقادم وما تنبنى عليه من اعتبارات ـ هى عملية فحسب تتجاهل اعتبارات أدبية وأخلاقية ينبغى أن تسود التعامل ٠ وآثر نهج الفقه الاسلامى فى هذا المجال ، اقتداء بالقانون المدنى العراقى الذى سبقه الى ذلك ٠ وهو ما اخذ به مشروع القانون المدنى الجديد فى مصر ، على خلاف القانون المدنى المصرى الحالى ٠

والسائد فى الفقه الاسلامى أن الحق لا ينقضى ولا يسقط بتقادم الزمان ، ولكن يترتب على مرور الزمان مدة معينة منع سماع الدعوى بالحق اذا الحق فى الفقه الاسلامى لا يسقطه تقادم الزمن بل هو لاصق بذمة من هو عليه لمن هو له حتى تبرأ ذمته بالاستيفاء أو الابراء ٠ ومرور الزمن (التقادم) يؤثر فى منع سماع الدعوى اذا كان المدعى عليه منكرا لهذا الحق(٥) ٠

والامر على هذا النحو من قبيل الاستحسان ووجهه منع التزوير والحيل لأن ترك الدعوى مع التمكن من قيامها يدل على عدم وجود الحق

---

(٤) راجع السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٩١ ، ص ٩٩٤ وما بعدها التقادم المسقط والاعتبارات التى يقوم عليها ٠

(٥) احمد ابراهيم بك ، الالتزامات فى الشرع الاسلامى ٢٢٧ ٠

ظاهرا حتى اذ انتفت العـلة وجب سماع الدعـوى مهما طالت مدة تركهـا فمنع سماع الدعـوى بالحـق لا ينبنى على بطـلانه وانمـا هـو مجـرد منع القاضى من سماعها مـع بقـاء الحـق لصاحبه حتى لو اقر به الخصم لزمه ، ومنع القاضى من سماع الدعـوى فى هـذا المقـام هـو من قبيل تخصيص قضائه بالزمان والمكان والخصومة[٦] ٠

وسوف نبحث الموضوع من خلال نصـوص التقنين المدنى الكويتى فى النقـاط التالية ونخصص لكل منها مطلبا ٠

أولا : المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى ٠

ثانيا : وقف وانقطاع مدة عـدم سماع الدعـوى ٠

ثالثا : آثار مضى المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى ٠

---

(٦) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ص ٢٠٦ ٠

المطلب الأول

المدة المقررة لعــدم سماع الدعــوى

٣٨٩ – حدد المشرع المدنى الكويتى المدة اللازمة لمنع سماع الدعــوى – كأصــل عام – بخمس عشرة سنة · الا انه قــد وجــد ان عادات النـــــاس وأعرافهم جرت بالنسبة لأنواع معينة من الحقوق الشخصية على مبـــــادرة أصحابها باستيفائها ، وعــدم قعــود الملزمين بها طــويلا دون الوفاء بهـــا وذلك بالنظر الى ما لهذه الحقوق من طبيعة خاصـــــة · ولذا فانه لم يلتزم – استثناء – بشأن تلك الطائفة من الحقوق بالمدة المقررة لمنع سماع الدعــوى المعينة – كأصــل عام – بخمس عشرة سنة بل جعــل مناط عــدم سماع الدعوى بالنسبة لكل نوع منها مدة أقل من ذلك تناسب مجريات التعامل فيها والمــألوف فى الوفاء بها مــع مراعاة ظروف من يقــع عليهم الالتزام بكل منها · وسوف نتناول الأصــل العام وما عليه من استثناءات ·

٣٩٠ – الأصــل العام فى شأن المدة المقررة لعــدم سماع الدعــوى :

وضــع المشرع المدنى الكويتى الأصل العام بشأن المدة المقررة لعـــدم سماع الدعــوى وضمنه نص المــادة ٤٣٨ ويقضى بأنه « لا تسمع عند الانكار الدعــوى بحــق من الحقوق الشخصية بمضى خمس عشرة سنة وذلك فيما عــدا الأحــوال التى يعين فيها القانون مدة أخرى والأحــوال المنصوص عليها فى المواد التاليـــــة » ·

والمعنى الواضح للنص أنه بمرور خمس عشرة سنة لا يسمع القاضى عند الانكار الدعــوى بحــق من الحقــوق الشخصية وهــذا هــو الأصــل العام[٧] · الا أن المشرع بعــد أن حــدد المدة على النحو السابق فى صــدر النص استطرد الى الاستثناءات الواردة عليها ·

٣٩١ – الاستثناءات على الأصــل العام :

استثنى المشرع من الأصــل العام السابق الأحــوال التى يعين فيهـــا القانون مدة اخرى والأحــوال المنصوص عليها فى المــواد التالية للنص السابق الذى تضمن الأصــل العام ·

---

(٧) وقد اخضــع المشرع لهذا الاصــل العام ايضــا الريع فى ذمة الحائز حسن النية والريع الواجب على نظار الوقوف اداؤه للمستحقين · المــادة ٢/٤٣٩ ·

فالقانون قد يحدد مدة أخرى لمنع سماع الدعوى بالحق والمقصود هنا القوانين الخاصة التى تتضمن نصوصا تحدد مدة أخرى لمنع سماع الدعوى · مثل القانون التجارى ·

أما النصوص التالية على حد قول النص المشار اليه من قبل ، فهى نتضمن بعض الحقوق استثناها المشرع المدنى من الأصل العام لاعتبارات ذكرناها من قبل · ونتناول المدة المقررة لمنع سماع الدعوى منها مقتصرين عليها دون غيرها التى نصت عليها قوانين خاصة ·

ونحن نقتصر فى دراستنا لهذه الاستثناءات على ما جاء به القانون المدنى الكويتى منها ، نشير – اجمالا – الى انه قد جعل المدة للبعض منها خمس سنوات وجعلها للبعض الآخر سنة واحدة ·

٣٩٢ – أولا – منع سماع الدعوى عند الانكار بمضى خمس سنوات :

١ – الحقوق التى لها صفة الدورية والتجدد :

استثنى المشرع المدنى الكويتى الحقوق الدورية المتجددة من الأصل العام فى تحديد المدة المقررة لعدم سماع الدعوى · اذ قرر فى الفقرة الأولى من المادة ٤٣٩ ان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بحق دورى متجدد هى خمس سنوات · والحق يكون دوريا اذا استحق فى مواعيد متتالية يفصل بينها وحدة زمنية معينة : اسبوع أو شهر او سنه · وقد تنشأ الدوريه عن الاتفاق أو القانون · ومثال الأول – على حد ما جاء بالنص السابق – أجرة المبانى والأراضى الزراعية ·

ومثال الثانية – كما ذكر النص المشار اليه ايضا – المرتبات والمعاشات · ويكون الحق متجددا اذا كان الوفاء به فى موعد معين لا ينتقص من أصله مثل الأجور والمرتبات ·

٢ – حقوق اصحاب المهن الحرة :

حدد المشرع المدة المقررة لمنع سماع الدعوى عند الانكار بالنسبة لحقوق اصحاب المهن الحرة بخمس سنوات · وذلك فى المادة ٤٤٠ من القانون المدنى الكويتى ومثل لها فى النص بحقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ومديرى التفليسة والسماسرة والمعلمين · ومما يدل على أن المشرع قد أراد – بذكر هؤلاء فى النص – التمثيل لا الحصر أنه قال « وغيرهم مما

يزاولون المهن الحرة » • ويلاحظ أن المشرع قد عاد وقرر عدم سماع الدعوى بسند حرر بحق من هذه الحقوق الا بانقضاء خمس عشرة سنة وذلك فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٣ •

٣ ـ الضرائب والرسوم المستحقة للدولة :

لا تسمع عند الانكار دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بمضى خمس سنوات • وكذلك يكون الحكم اذا كانت للدعوى بالمطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ونصت على ذلك المادة ٤٤١ من القانون المدنى الكويتى •

٣٩٣ ـ ثانيا : منع سماع الدعوى عند الانكار بمضى سنة واحدة :

نصت المادة ٤٤٢ من القانون المدنى الكويتى على عدم سماع الدعوى عند الانكار بانقضاء سنة واحدة لذا كانت بحق من الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لاشخاص لا يتجرون مثال ذلك حق القصاب وتاجر المواد الغذائية •

(ب) حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم •

(جـ) حقوق خدم المنازل ومن فى حكمهم مثل البستانى والطاهى والسائق الخاص وحارس المنزل الخصوصى •

ولكن يلاحظ أن المشرع عاد وقرر فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٣ من القانون المدنى الكويتى عدم سماع الدعوى بسند حرر بحق من هذه الحقوق الا بانقضاء خمس عشرة سنة •

٣٩٤ ـ بدء سريان مدة عدم سماع الدعوى وكيفية حسابها :

ضمن المشرع المدنى الكويتى فى المادة ١/٤٤٥ القاعدة العامة فى تحديد بدء سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى قولا بأن هذه المدة لا تبدأ فى

السريان الا من اليــوم الذى يصبح فيــه الدين مستحق الأداء ما لم ينص القانون على خــلاف ذلك[٨] ٠

ونصت الفقرة الثانية من المـادة ٤٤٥ من القانون المدنى الكويتى على انه لو كان ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن سرت المدة منذ الوقت الذى يكون فيه للدائن أن يعلن ارادته وينطبق هذا الوقت عادة على تاريخ نشوء الالتزام ٠ ومن ثم فلا عبرة بالوقت الذى يختاره الدائن للمطالبة بالوفـاء ، تجنبا لتحكم الدائن فى تحـديد التاريخ الذى تبدأ به جريان مدة عـدم سماع الدعـــــوى[٩] ٠

واذا كانت القاعـدة فى بدء سريان مدة عـدم سماع الدعـوى تحـدد بدء سريان المدة باستحقاق حق الدائن الا أن المشرع قد خرج عليها بنص خاص يتعلق ببعض الحقـوق ٠ فقـد نص فى الفقرة الأولى من المـادة ٤٤٣ على أنه بالنسبة للحقـوق المنصوص عليها فى المـادة ٤٤٠ (حقـوق أصحاب المهن الحرة) والمـادة ٤٤٢ (وهى كل الحقـوق التى لا تسمح الدعـوى بها بمضى سنة كما ذكرنا) فان مدة عـدم سماع الدعـوى بها لا تبدأ فى السريان الا من الوقت الذى يتم فيه الدائنـون تقـدماتهم ولو استمروا فى أداء تقـدمات أخرى ٠

وتحسب المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى بالأيام لا بالساعات ويغفل اليـوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم فيها ٠ هـذا ما نصت عليه المـادة ٤٤٤ من القانون المدنى الكويتى ٠ واعتمد المشرع التقـــويم الميـلادى فى حساب كافة المـدد التى تكلمنا عنها ٠

---

(٨) فقـد ينص القـانون احيـانا ولاعتبارات معينه على جـعل بدء سريان المـدة فى تاريخ لاحـق لاستحقاق الدائن حقـه كما هـو الأمر بالنسبة للالتزامات الناشـئة من العمـل غير المشروع ولا تسرى المـدة بالنسبة لهـا الا من الوقت الذى يعـلم فيــه الدائن بقيـام الدين وبالشخص المسئول عنــه ٠ ويمكن ايضـا وعلى أسـاس بعض الاعتبارات ان يبـدأ سريان المـدة فى وقت سـابق لاستحقاق الدائن حقـه ٠ ومن ذلك على سـبيل المثال النص الذى منـع سماع الدعـوى بالنسبة لملحقـات الدين تبعـا لمنـع سماعها بالنسبة الى الدين ذاته مـع أن استحقاقها يكون لاحقا فى الغالب لاستحقاق الدين ٠

راجـع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، مشار اليها من قبل ، ص ٢٠٨ ٠

(٩) المذكرة الايضاحية للقـانون المدنى الكويتى مشار اليها من قبـل ، الموقـع السابق ٠

وتجدر الاشارة وبمناسبة مدة عدم سماع الدعوى ايضا ، ان المشرع قد أورد فى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٣ من القانون المدنى الكويتى حكما يقضى باعتبار جميع النصوص المحددة للمدد المقررة لعدم سماع الدعوى متعلقة بالنظام العام ومن ثم لا يجوز أن يتفق الأفراد على مخالفة احكامها ٠

وما ينبغى أن يلاحظ فى هذا المقام انه يتعين علينا الا يخلط بين تعلق تحديد المدة بالنظام العام من جهة وبين منع سماع الدعوى ذاته من جهة أخرى وهو لا يتعلق بالنظام العام ٠ اذ نصت الفقرة الاولى من المادة ٤٥٢ من القانون المدنى الكويتى على أنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم سماع الدعوى بمرور الزمن من تلقاء نفسها ٠ وانما يكون ذلك بناء على طلب المدين أو دائنه أو أى شخص له مصلحة ولو لم يتمسك به المدين » ٠٠

المطلب الثانى

وقف وانقطاع مدة عـدم سماع الدعـوى

٣٩٥ ـ تقســـيم :

بعـد أن تبدأ فى السريان ـ وفقا للقواعـد التى تناولناها ـ المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى ، قـد يطرأ ما يؤثر على هـذا السريان فى استمراره ٠ ويتخـذ التأثير أما مظهر الوقف وأما مظهر الانقطاع ٠ ونعرض لهما فى غرعين مســـــتقلين ٠

الفرع الأول

وقف مدة عـدم سماع الدعـوى

٣٩٦ ـ تعــريف :

نقصـد بوقف مدة عـدم سماع الدعـوى ، أن يطرأ بعـد بدء سريانها أو قبله وفقا للقواعـد المقررة ـ ما يؤدى الى تعطيل استمرار هـذا السريان أو بدئه ، بحيث لو زال سبب التعطيل تستأنف المدة سريانها من جديد حتى تستكمل امتدادا لما تم منها قبـل هـذا التعطيل ٠

٣٩٧ ـ اسباب وقف مدة عـدم سماع الدعـوى :

أوردت المـادة ٤٤٦ من القانون المدنى الكويتى وخاصـة فى فقرتهـا الأولى الحكم العام بشأن وقف مدة سماع الدعوى ، ومؤداه : ان وقف سريان المـدة يتحقق اذا وجد مانع يســتحيل معه على الدائن ان يطلب بحقه فى الوقت المناسب والمـانع يكون ماديا أو أدبيا ٠ ومثال الأول أن يطرأ ما يحول دون الدائن ومثوله أمام المحكمة للمطالبة بحقه ، اما لتعطيل أعمال المحاكم لاسباب عامة او لتعـذر وصـوله اليها لنفس الأسباب أيضا ٠

ومثال الثانى : وجـود علاقة تربط الدائن والمدين يشعر معها لأدائن بحرج شـــديد اذا طالب بحقه أمام القضـاء ٠ مثـل علاقة الزوج بزوجته

وأعتبرت الفقرة الثانية من النص المذكور مانعـا يتعـذر معه المطالبة بالحـق عدم توافر الأهلية فى الدائن أو غيبته أو الحكم عليه بعقوبة جناية اذا لم يوجـد نائب يمثله قانونا ٠

وما نود أن ننبه عنه فى هذا المقام ، أن رجود مانع يستحيل معه على الدائن ان يطالب بحقه على نحو ما ذكرت لنتو انما يوقف سريان مدة عـدم سماع الدعـوى أياكانت فى قـدرها ٠ أى سـواء كانت المدة محـدودة بخمس عشرة سنة أو كانت محـددة بسنة واحـدة على نحـو ما ذكرنا[١٠] ٠

٣٩٨ — اثر وقف مدة سماع الدعـوى :

اذا قام مانع من الموانع السابقة ترتب على ذلك وقف المدة المقررة لعدم سماع الدعـوى ٠ وهـذا يعنى — على ما أوضحنا — عـدم استمرار سريان المـدة اذا كان قد بدأ أو تأخر بدء سريانها اذا لم يكن قـد بدأ ٠ وهـذا يفترض بطبيعة الحال أن المـانع ما زال قائمـا ٠

ويترتب على ذلك بحكم المنطق انه اذا قام المـانع بعـد بدء سريان المدة فان سريانها يقف ويستمر موقـوفا باستمرار قيام المـانع ٠ فاذا زال المـانع استأنفت المدة سريانها وصـولا الى استكمالها وفقـا للقواعـد المقررة قانونا ٠ ويدخـل فى حسابها ما سرى منها قبل قيام المـانع ولا يدخـل فيهـا فترة الوقف ذاتها وهى فترة قيام المـانع حتى زواله ٠

ويلاحظ هنا ، أن المـادة ٤٤٧ من القانون المدنى الكويتى قـد أوردت حكما يقضى بأنه لو كان وقف سريان مـدة عـدم سـماع الدعوى يرجـع الى سبب شخصى قام بأحـد الشركاء فى الدين فلا يفيـد من هـذا الوقف الشركاء الآخرين الذين لم يتحقق بهم سببه ٠ فلو وقف سريان المدة بالنسبة الى بعض ورثة الدائن فان المدة لا توقف بالنسبة الى بقية الورثه ٠

---

(١٠) قارن حكم المـادة ٢/٣٨٢ مدنى مصرى بخصـوم التقـادم ونقضى بعـدم وقف التقادم فى حق الدائن ناقص الاهلية او الغائب او المحكوم عليه بعقوبة جناية ولا يوجـد من يمثله قانونا الا اذا كانت المـدة المقررة تزيد على خمس سنوات ٠

الفرع الثانى

انقطاع مدة عـدم سماع الدعـوى

٣٩٩ ـ تعـريف :

نقصد بانقطاع المـدة المقررة لعدم سـماع الدعوى ، ان يطرأ بعد بدء سريانها سبب يؤدى الى الغاء ما سرى منها بحيث اذا زال السبب تبـدأ المدة فى السريان من جـديد دونما اعتبار لمـا سرى منها قبـل ذلك ٠ وفى هـذا يختلف الوقف ـ كما رأينـا ـ عن الانقطـاع ٠

٤٠٠ ـ اسباب انقطاع مدة عـدم سماع الدعوى :

تكلم المشرع المدنى الكويتى فى المـادتين ٤٤٨ ، ٤٤٩ عن أسباب انقطاع مدة عـدم سماع الدعـوى وحصرها فى أسباب منها ما يتعلق بالدائن ومنها ما يتعلق بالمـدين ٠

٤٠١ ـ اولا ـ اسباب الانقطاع المتعلقـة بالدائن :

١ ـ المطالبـة القضـائية :

قررت المـادة ٤٤٨ من القانون المدنى الكويتى انقطاع المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى بالمطالبة القضائية ٠

والمطالبة القضائية التى تقطع تكون بذات الحـق موضوع عـدم سماع الدعـوى به لانكاره وتتم بمطالبة الدائن بحقه أمام القضـاء ٠ ويترتب الانقطاع على هـذه المطالبة ـ بهذا المعنى ـ كلما توفر فيها معنى الطلب الواقـع فعـلا للمحكمة والجازم بالحـق الذى يراد اقتضاؤه ٠

ويلاحظ ان المطالبة القضائية تقطع التقـادم ولو كانت أمام محكمـة غير مختصة ونص المـادة ٤٤٨ صريح فى ذلك ٠ وعلة ذلك ان هـذه المطالبة تدل بل تقطع ـ ولا يؤثر فى ذلك عدم اختصاص المحكمة ـ بنية الدائن فى سعيه للحصول على حقـه ٠

ويترتب على الانقطاع اثره ـ كما سنبين فيما بعـد ـ بالمطالبة ويستمر مـع استمرارها حتى يتم الفصـل فى الدعـوى بهـذه المطالبة والفصل فيها يكون بالحكم • فاذا كان الحكم لمصلحة الدائن فالنتيجة زوال الأثر المترتب وهـو الانقطاع لتبدأ المـدة المنقطعة فى السريان من جـديد دونما اعتبار لمـا كان منها قبـل حصـول الانقطاع بالمطالبة اما لو كان الحكم ضـد الدين أى برفض طلبـه زال كل اثر للمطالبة القضائية وتعتبر كان لم تكن ومن ثم تعتبر المـدة وكأنها لم تنقطع أصلا • ونفس الأمر ولو كان قبول الدعوى شـكلا • ويتصور ايضا أن يكون حكم المحكمة بعدم الاختصاص فى الحالة التى تكون فيها المطالبة أمام محكمة غير مختصة • فهـذه المطالبة تقطع المدة كما رأينـا مـع انها امام محكمة غير مختصة • ولـما كان الأمر كذلك ، فان الحكم بعـدم الاختصاص من شأنه ان يزيل الانقطاع وتبدأ المـدة التى قطعت فى السريان من جـــــديد[11] •

٢ ـ اعـلان السند التنفيذى (التنبيه) :

قـد يكون الدائن فى غير حاجة للمطالبة القضائية • ويحدث ذلك لو كان حقه ثابتا بسند تنفيذى • ويترتب الانقطاع فى هذه الحالة على قيام الدائن باعـلان السند التنفيذى الى المدين • وغير خاف أنه اجراء يعـد من مقـدمات التنفيذ • ونصت على اعـلان السند التنفيذى كسبب للانقطاع المـادة ٤٤٨ من القـانون المـدنى الكويتى •

٣ ـ الحجـــز :

نصت المـادة ٤٤٨ من القانون المدنى الكويتى صراحة على انقطاع المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى بالحجز • ويحـدث الحجز أثره هـذا ، سـواء كان حجزا تنفيذيا او حجزا تحفظيا •

٤ ـ طلب الدائن قبـول حقـه فى التفليس :

تنقطع مدة عدم سماع الدعوى ـ بصراحة النص السابق ـ بالطلب الذى يتقـدم به الدائن لقبـول حقـه فى تفليسة المدين أو فى توزيع • وحسبما صرح به النص السابق ايضا فان المدة تنقطع بأى عمـل يقـوم به الدائن للتمسك بحقـه اثنـاء السير فى احـدى الدعاوى • كما لو تدخـل الدائن للتمسك بحقـه فى دعـوى مرفـوعة على المدين من شخص آخر •

---

(١١) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٤٠٨ ، ص ٤٠٩ : ص ٤١٠ •

٤٠٢ - ثانيا - أسباب الانقطاع المتعلقة بالدين :

نصت الفقرة الأولى من المـادة ٤٤٩ من القانون المدنى الكويتى على انقطاع المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى اذا أقر المدين بحـق الدائن وعـلة ذلك أن اقرار مثل هـذا يتضمن معنى النزول عن الجزء الذى انقضى من المدة قبـل ذلك • والاقرار يكون صريحا أو ضمنيا • ويعتبر اقرارا ضمنيا - على حـد قـول الفقرة الثانية من النص السابق - أن يكون للمدين مالا مرهـونا رهنـا حيازيا الى الدائن ضمانا للدين أو كان الدائن قـد حبس المـال تحت يده تبعا لحقه فى عدم رده حتى يستوفى الدين المرتبط به • فان ترك المدين لمـاله فى الحالين يعتبر اقرارا ضمنيا بالدين يكون من شأنه استدامة الانقطاع طالمـا بقى المـال فى حيازة المرتهن او تحت يد الحابس تقـديرا بأن الاقرار بهـذه المثابة يبقى مستمرا مهما طالت المدة على استحقاق الدين •

٤٠٣ - آثار انقطاع مدة عـدم سماع الدعـوى :

اذا تحقق سبب من أسباب الانقطاع السابقة ترتب على ذلك انقطاع سريان المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى • ولازم ذلك - على ما بينا من قبل - الغاء ما كان من هذه المـدة قبل تحقق سبب الانقطاع • وانه بزوال هـذا السبب تبدأ فى السريان ومن جـديد المدة بعـدم سماع الدعـوى ، ولا يدخـل فيها مدة قيام سبب الانقطاع • والأصـــل ، أن مدة عدم السماع تبـدأ فى السريان من جـديد - بزوال سبب الانقطاع - بنفس قـدر المدة الأولى • ونصت على ذلك الفقرة الأولى من المـادة ٤٥٠ من القانون المدنى الكويتى اذ قالت : اذا انقطعت المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى ، بدأت مدة جـديدة من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الاقطـاع ، وتكون المـدة الجـديدة مماثلة للمـدة الأولى •

واستثناء على هـذا الأصـل ذكرت الفقرة الثانية من النص السـابق حالتين تختلف فيهما مدة عـدم سماع الدعـوى بعـد الانقطاع عنها قبله •

الحـالة الأولى :

اذا حكم بالحـق وحاز الحكم قـوة الأمر المقضى ، فان مدة عـدم سماع الدعـوى التى تبـدأ فى السريان من جـديد بعـد زوال سبب الانقطاع تكون لخمس عشرة سنة بغض النظر عن القـدر الكامل للمـدة التى طرأ عليها الانقطاع من قبل • وعلى أية حال فأنه لمـا كانت المدة الجـديدة - حسب النص - خمس عشرة سنه ، فان ذلك يفترض أن القـدر الكامل للمدة التى طرأ عليها الانقطـاع من قبـل أقـل من خمس عشرة سنة •

ولكن يلاحظ أن الاستثناء فى هـذه الحالة ويقضى باعتبار مدة عـدم السماع الجديدة خمس عشرة سنة لا يسرى على ما تضمنه الحكم بالحـق – الذىحاز قـوة الأمر المقضى – من التزامات دورية متجـددة تكون مستحقة الأداء بعـد صـدوره ٠

الحـالة الثانية :

اذا كان الحـق ممـا لا تسمع به الدعـوى بمرور خمس سنوات كما هـو الأمر بالنسبة للحقـوق الواردة فى المـادة ٤٤٠ وسبق دراستها او كان الحـق ممـا لا تسمع به الدعـوى بمرور سنة كما هـو الحال بالنسبة للحقوق الواردة فى المـادة ٤٤٢ وسبق دراستها ، فان استئناف سريان المدة بعـد الانقطاع يكون خمس عشرة سنة اذا كان هذا الانقطاع باقرار المدين ٠

المطلب الثالث

آثار مضى المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى

٤٠٤ ـ يترتب على مضى المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى واكتمالها أثر جـوهرى يتمثل فى منع سماع الدعـوى بأصـل الحـق وكذا ملحقاته ٠ الا أن ذلك يفترض التمسك بمنع سماع الدعـوى وعـدم النزول عنه ٠ ونبحث ذلك تباعـا ٠

٤٠٥ ـ أولا ـ منع سماع الدعـوى بأصل الحق وملحقاته :

يترتب على مضى المـدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى ولكتمالها عـدم سماع الدعـوى بالحـق ٠ وهـذا يعنى أن مرور الزمن فى القانون المدنى الكويتى ليس من شأنه ـ بخلاف التقـادم ـ أن يسقط الحـق ٠ وقـد أخـذ هـذا القانون بأحكام الفقه الاسلامى فى هـذا المجال ٠ اذ الحـق فيـه على ما سنرى ـ لا يسقطه تقـادم الزمن بل هـو لاصق بذمة من هـو عليه لمن هـو له ٠ لكن تقـادم الزمن أو مروره انمـا يمنع سماع الدعـوى اذا كان المدعى عليـه منكرا للحـــــــق ٠

وهـذا الاثر ، أعنى منع سماع الدعـوى ، يشمل الدعـوى بأصـل الحـق وملحقاته ٠ اذ تضمنت المـادة ٤٥١ من القانون المدنى الكويتى حكما يقضى بأن عـدم سماع الدعـوى بأصـل الحـق انمـا يستتبع عـدم سماعها بالنسبة للملحقات ولو كانت المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى بشأن هـذه الملحقات لم تكتمل بعـد ٠

٤٠٦ ـ ثانيا ـ التمسك بمنـع سماع الدعـوى :

لكى يترتب الأثر السابق ، أعنى منع سماع الدعـوى بأصـل الحـق وملحقاته كما ذكرنا ، يشترط ـ اضافة الى اكتمال مضى المدة ـ التمسك بمنع سماع الدعـوى هـذا ٠ والتمسك بمنع سماع الدعـوى يكون بناء على طلب المدين أو أى شخص آخر له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين (م٠ ١/٤٥٢ مدنى كويتى) وصاحب المصلحة يمكن أن يكون دائن هـذا المدين ٠ هـذا عن التمسك بمنع سماع ومن له التمسك ٠

أما عن كيفية ذلك ، فانه غالبا ما يكون عن طريق دفع يتقدم به المدين الى المحكمة اذا ما طالبه الدائن ٠

ويلاحظ ان وجوب التمسك بمنع سماع الدعوى على النحو السابق يرتبط به او يتفرع عنه حكم آخر اوردته الفقرة الاولى من المادة ٤٥٢ أيضا ويقضى بأنه لا يكون للمحكمة أن تقضى بعدم سماع الدعوى بمرور الزمان من تلقاء نفسها ٠ ومفاد ذلك أن عدم سماع الدعوى بمرور الزمن لا يتعلق بالنظام العام ٠ مع ملاحظة مانوهنا عنه من قبل بخصوص المدة المقررة لمنع سماع الدعوى وتتعلق بالنظام العام ٠

٤٠٧ - ثالثا : عدم النزول عن الدفع بعدم سماع الدعوى :

ان منع سماع الدعوى بأصل الحق وملحقاته كأثر لمضى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى هذا ٠ والأصل فى هذا الخصوص أوردته الفقرة الأولى من المادة ٤٥٣ من القانون المدنى الكويتى وتقضى بعدم جواز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن قبل ثبوت الحق فيه ٠ وعلة ذلك - على حد ما جاء بالمذكرة الايضاحية - أنه لو أجيز النزول المسبق لأصبح شرطا مألوفا يمليه الدائن على المدين وقت نشوء الدين فضلا عن أنه يهدد الاعتبارات التى يقوم عليها هذا الدفع بمنع سماع الدعوى ٠

الا أن المشرع قد أجاز فى الفقرة الثانية من النص المذكور النزول عن الدفع بمنع سماع الدعوى لمرور الزمن وذلك بعد ثبوت الحق فيه ٠ ويكون النزول صريحا أو ضمنيا ٠

ويشترط فى هذا النزول - ابتداء - ان يكون بعد ثبوت الحق فى التمسك بمنع سماع الدعوى ٠ كذلك يشترط أن يصدر - على حد تعبير تلك الفقرة الثانية - ممن يملك التصرف ٠ ومفاد ذلك أن الأهلية المطلوبة لصحة النزول هى أهلية التصرف ٠ ويشترط فى النزول اخيرا الا يضر بسائر الدائنين ٠ ويكون الاضرار بنزل المدين عن التمسك بمنع سماع الدعوى بالنسبة لدائن معين وهو مما يضر بباقى الدائنين ٠

٤٠٨ - عدم سماع الدعوى لمرور الزمن فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

يأخذ القانون المدنى المصرى الحالى بمبدأ سقوط الحق الشخصى بالتقادم ٠ ولكن المشروع يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى لمرور الزمن ٠

فمرور الزمن لا يؤثر – حسب ما استحدث المشروع من أحكام فى هذا الصدد – على وجود الحق ذاته • والمشروع بذلك يكون قد أخذ بمبدأ تقره الشريعة الاسلامية •

أولا – نصت المادة ٣٦٤ من المشروع على المبدأ بقولها : « لا تسمع الدعوى بالتزام على المنكر بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعى ، فيما عدا الحالات التى وردت فيها أحكام خاصة ، وفيما عدا الاستثناءات التالية » •

والنص يقرر القاعدة بشأن منع سماع الدعوى بالحق لمرور الزمن وقدره خمس عشرة سنة ، الا فى الأحوال التى يحدد فيها القانون مددا أخرى كما هو الأمر فى المواد التالية لهذه المادة •

وهذه المادة المقترحة من المشروع تقابل المادة ٣٧٤ من القانون المدنى المصرى الحالى • مع ملاحظة مبدأ سقوط الحق بالتقادم فى هذه المادة ، بخلاف المادة المقترحة وقد أخذت – على ما ذكرنا – بمبدأ عدم سماع الدعوى لمرور الزمن مع الانكار وانعدام العذر • وذلك جريا على أحكام الفقه الاسلامى •

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٣٨ من القانون المدنى الكويتى •

ثانيا – نصت المادة ٣٦٥ من المشروع على ما يأتى :

« ١ – لا تسمع الدعوى على المنكر بحق دورى متجدد ، كأجرة المبانى والأراضى الزراعية والمرتبات والمعاشات ، بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعى •

٢ – ولا تسمع الدعوى على المنكر بالريع المستحق فى ذمة الحائز سىء النية أو الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه المستحقين بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعى » •

وهذه المادة تقابل المادة ٣٧٥ من القانون المدنى المصرى الحالى • وهى تطابق المادة ٤٣٩ من القانون المدنى الكويتى •

اما المـادة ٣٦٦ من المشروع فقـد نصت على ما يأتى :

« لا تسمع الدعـوى على المنكر بعـد تركها خمس سنوات بغير عـذر شرعى ، اذا كانت بحـق من حقـوق الأطبـاء والصـيادلة والمحـامين والمهندسين والخبراء والأساتذة والمعلمين ووكلاء التفليسة والسماسرة وغيرهم ممن يزاولون المهن الحرة ، على أن تكون هـذه الحقوق مستحقة لهم عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » •

والمـادة تقـابل المـادة ٣٧٦ من القانون المدنى المصرى الحالى • وتطابق المـادة ٤٤٠ من القانون المدنى الكويتى •

ونصت المـادة ٣٦٧ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ لا تسمع على المنكر دعـوى المطالبة بالضرائب والرسـوم المستحقة للدولة بعـد تركها خمس سنوات بغير عـذر شرعى • وتبـدأ هـذه المدة فى الضرائب والرسوم السنوية مـع نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعـة فى الدعـوى التى حررت فى شأنها هـذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصـل مرافعة •

٢ ـ وكذلك يكون الحكم بالنسبة الى دعـوى المطالبة برد الضرائب والرسـوم التى دفعت بغير حـق • وتبـدأ المـدة المذكورة من يوم دفـع هـذه الضرائب والرسـوم •

٣ ـ ولا تخـل الأحكام السابقة بالأحكام الواردة فى قـوانين خاصة » •

وهـذه المـادة تقـابل المـادة ٣٧٧ من القانون المدنى المصرى الحالى • وهى تطـابق المـادة ٤٤١ من القانون المدنى الكويتى •

ثالثا ـ نصت المـادة ٣٦٨ من المشروع على انه : « لا تسمع عند الانكار الدعـوى بانقضاء سنة واحـدة اذا كانت بحـق من الحقـوق الآتية :

(أ) حقوق التجـار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هـذه الأشياء ، وحقـوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم •

(ب) حقوق العمال والخـدم والاجراء ، من أجـور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » •

والمـادة تقـابل المـادة ٣٧٨ من القانون المدنى المصرى الحالى • وهى تطـابق الفقرة الأولى من المـادة ٤٤٢ من القانون المدنى الكويتى •

رابعا – وعن بدء سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعـوى :

نصت المـادة ٣٦٩ من المشروع على ما يأتى :

« ١ – تبـدأ المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى فى الحقـوق المذكورة فى المـادتين ٣٦٦ ، ٣٦٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقـدماتهم ولو استمروا يقـدمون تقـدمات أخرى •

٢ – واذا حرر سند بحـق من هـذه الحقوق فلا يمتنع سماع الدعـوى به الا بانقضاء خمس عشرة سنة » •

والمـادة تقـابل المـادة ٣٧٩ من القانون المدنى المصرى الحالى • وهى تطابق المـادة ٤٤٣ من القانون المدنى الكويتى •

وفى بدء سريان المدة أيضا نصت المـادة ٣٧٠ على ما يأتى :

« ١ – تبـدأ المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى ، فيما لم يرد فيـه نص خاص ، من اليـوم الذى يصبح فيـه الدين مستحق الأداء •

٢ – فبالنسبة الى دين معلق على شرط واقف تبدأ المدة من الوقت الذى يثبت فيـه الاستحقاق •

٣ – واذا كان تعيين ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن ، تبـدأ المدة من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من اعـلان ارادته » •

وهـذه المـادة تقـابل المـادة ٣٨١ من القانون المدنى المصرى الحالى • ولكنها تطـابق المـادة ٤٤٥ من القانون المدنى الكويتى •

خامسا – وفى كيفية حساب المدة المقررة لمنع سماع الدعـوى :

نصت المـادة ٣٧١ من المشروع على أنه : « تحسب المدة التى تمنع من سماع الدعـوى بالأيام ، ولا يحسب اليوم الأول منها ، وتكمل بانقضـاء يوم آخر منها » •

وهـذه المـادة تقـابل المـادة ٣٨٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ وهى تطابق المـادة ٤٤٤ من القانون المدنى الكويتى ٠

وفى هـذا الاطار استحدث المشروع المـادة ٣٧٢ ويجرى نصها على النحو التـــــالى :

« لا تسمع الدعـوى اذا تركها السلف مدة ، ثم تركها الخلف من بعـده مدة أخرى ، اذا بلغ مجموع المـادتين الحـد المقرر لعـدم سماعها » ٠

ومؤدى الحكم المستحدث بها ، أنه فى حساب المدة المـانعة من سماع الدعـوى تضم المدة التى ترك السلف الدعـوى خلالها الى المدة التى ترك الخلف الدعـوى خـلالها ايضا ، بحيث لا تسمع الدعـوى اذا بلغ مجموع المدتين قـدر المـدة المـانعة من سماعها ٠

سادسا – وعن وقف سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعـوى :

نصت المـادة ٣٧٣ من المشروع على ما يأتى : « تقف المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى كلما وجـد عـذر شرعى يتعـذر معـه على الدائن أن يطلب حقـه ، ولو كان هـذا العـذر من قبيل المـانع الادبى الذى يحـول دون المطالبة بالحـق ، وكذلك تقف المدة فيما بين الاصيل والنـائب » ٠

وهـذه المـادة تقـابل المـادة ٣٨٢ من القانون المدنى المصرى الحـالى ، وهى تطابق أيضا الفقرة الأولى من المـادة ٤٤٦ من القانون المدنى الكويتى ٠

سابعا – وعن انقطاع سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعـوى :

نصت المـادة ٣٧٤ من المشروع على أنه « تنقطع المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعـوى الى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقـدم به الدائن لقبـول حقـه فى تفليس أو فى توزيع وبأى عمـل يقـوم به الدائن للتمسك بحقـه أثناء السير فى احـدى الدعـاوى » ٠

والمـادة تقـابل المـادة ٣٨٣ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ وهى تطابق المـادة ٤٤٨ من القانون المدنى الكويتى ٠

وفى بيان أسباب الانقطاع ، اضافة الى ما جاء بالمادة سالفة الذكر ، نصت المادة ٣٧٥ من المشروع على ما يأتى :

« ١ – تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا أقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا ·

٢ – ويعتبر اقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين » ·

والمادة تقابل المادة ٣٨٤ من القانون المدنى المصرى الحالى · ومع ذلك يمكن القول بأنها تطابقها لو أخذنا فى الاعتبار استبدال عبارة « المدة المقررة لعدم سماع الدعوى » الواردة فى المادة المقترحة من المشروع بكلمة « التقادم » الوارد فى النص الحالى المذكور ·

وعلى أية حال ، فان هذه المادة المقترحة من المشروع تطابق ايضا الفقرة الأولى وجانبا من الفقرة الثانية للمادة ٤٤٩ من القانون المدنى الكويتى ·

وتناول المشروع آثار انقطاع سريان المدة فى المادة ٣٧٦ ونصها كالآتى :

« ١ – اذا انقضت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مساوية للمدة الأولى ·

٢ – على أنه اذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ، أو انقطعت المدة باقرار المدين ، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة » ·

وهذه المادة تقابل المادة ٣٧٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ، مع ملاحظة اختلافهما بين عدم سماع الدعوى والتقادم · كذلك يلاحظ أن حكم المشروع يقرر ان المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة ولو كانت المدة الأولى أقل من ذلك فى حالة انقطاع المدة باقرار المدين دون تفرقه بين دين وآخر · أما النص الحالى فيقتصر الحكم على الديون التى تتقادم بسنة واحدة ·

والمادة المقترحة من المشروع تقابل ايضا المادة ٤٥٠ من القانون المدنى الكويتى ·

ثامنا ـ وعن المدى الذى لا تسمع معـه الدعـوى :

نصت المـادة ٣٧٨ من المشروع على أنه « اذا لم تسمع الدعـوى بالحـق ، فلا تسمع بتوابعه ، ولو لم تكتمل المدة · لعـدم سماعها بهـذه التوابع » ·

وهذه المـادة تقابل الفقرة الثانية من المـادة ٣٨٦ من القانون المدنى المصرى الحالى · الا أنها تطابق المـادة ٤٥١ من القانون المدنى الكويتى ·

تاسعا ـ وعن مدى تعلق عـدم سماع الدعـوى بالنظام العام :

نصت المـادة ٣٧٩ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ لا يجوز للمحكمة ان تقضى من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنه أو أى شخص آخـر له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين ·

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٢٨٧ من القانون المدنى الحالى لو أخذنا فى الاعتبار استبدال عبارة « عدم سـمـاع الدعوى » الواردة بنص المشروع بكلمة « التقادم » الواردة فى النص الحالى · والمـادة المقترحة من المشروع تطابق المـادة ٤٥٢ من القانون المدنى الكويتى ·

المبحث الرابع

طرق انقضاء الالتزام دون وفاء
فى الفقـه الاسـلامى

٤٠٩ ـ تقسيم :

ينقضى الالتزام ـ دون وفاء ـ فى الفقه الاســـلامى بالابراء واستحالة التنفيذ (١٢) ٠

أما عن مرور الزمن ، فانه لا يعد ـ كما أسلفنا ـ طريقا لانقضاء الالتزام فى الفقه الاسلامى ٠ بل ان مرور الزمن يعد مانعا من سماع الدعوى بالحق ٠ وهى الاحكام التى أخذ بها التقنين المدنى الكويتى ومشروع القانون المدنى الجـديد فى مصر ٠ ومن ثم فاننا نقتصر هنا على بيان احكام مرور الزمن وقوفا عليها من مصادرها الاصلية فى الفقه الاسلامى ٠

ونبحث الابراء واحكام مرور الزمن فى مطلبين :

---

(٩١٢) وعن استحالة التنفيذ : فان عدم امكان التنفيذ لهلاك المعقود عليه أو تعذر الحصـول عليه ، انما يؤدى الى انقضاء الالتزام ٠

راجع : احمد ابراهيم بك ، الالتزامات فى الشرع الاسلامى ، رقم (٢) ، ص ٢٣٦ ٠

راجع فى اســتحالة التنفيذ أيضا : صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، مشار اليه من قبل ، جـ ٢ ـ ص ٤٩٧ وما بعـدها ٠

المطلب الأول

الابراء فى الفقــه الاســلامى

٤١٠ ــ تعريف الابراء وأنواعه :

ذكرت المادة ٢٣٢ من مرشــد الحيران ان الابراء على نوعين ابراء اسقاط وابراء استيفاء وابراء الاسقاط هو أن يبرىء الغريم مديونه من كل الدين ويسقطه عنه أو يحط بعضه عن ذمته · أما ابراء الاستيفاء فهو عبارة عن اقرار الدائن باستيفاء دينه الذى كان له فى ذمة مدينه ·

والابراء الذى يدخل فى دراستنا باعتباره طريقا لانقضاء الالتزام هــو ابراء الاسقاط[١٣] · وقــد عرفت ابراء الاسقاط ايضا ، المــادة ١٥٣٦ من مجلة الأحكام العــدلية اذ قالت : « ابراء الاسقاط هو أن يبرىء واحد الآخر باسقاط كل حقه قبل ذلك الاخر أو بحط بعضه وهو الابراء المبحوث عنه فى كتاب الصلح »[١٤] ·

ويمكننا التعرف على الابراء عند الحنابلة من خلال نصوص مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد ابن حنبل · اذ جاء بها أن « الابراء من الدين يصح بلفظه وما يؤدى معناه · فلو قال اسقطته أو تركته أو تصدقت به أو انت فى حل منه صح وبرىء المدين منه » (م· ١٦٥٥) · وجاء بها أيضـــا

---

(١٣) راجع · فى الابراء : موسوعة الفقه الاسلامى ، المجلس الاعلى للشئون الاسلامية ، للقاهرة ، الجزء الاول ص ١٧٩ ــ ١٩٢ ·

(١٤) ويقــول ابن جزى المــالكى فى الصـــلح « والصـــلح على نوعين : النــوع الأول اسقاط وابراء وهــو مطلقا » راجع القــوانين الفقهية · مشار اليه من قبل ، ص ٣٦٦ ·

وراجع فى الابراء عند الشافعية : الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٤٦٢ ، وجاء فى الاشباه والنظائر للسيوطى ايضا (ص ٤٦٠) « ان الصلح اقســـام خامسها : أن يكون ابراء بأن يصـــالح من الدين على بعضـــه » وجــوز المــالكية هبــة الدين · راجــع القــوانين الفقهية لابن جزى ، مشار اليــه من قبــل ، ص ٣٩٨ · لا يجيز الشـــافعية هبة الدين · راجع الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٣١ ·

« يصح الابراء من الدين حالا كان أو مؤجلا لكن لا يصح الابراء من الدين قبل وجـوبه » (م· ١٦٥٦) · وجاء أيضا بهـذه المجلة أن الابراء اسقاط · فمتى ابرأه من دينه برئت ذمة المدين (م· ١٦٥٧) (١٥) ·

واذا كان الابراء فى الفقه الاسلامى ينقسم عامة الى ابراء اسقاط وابراء استيفاء فان ابراء الاســقاط ـ وهو موضع اهتمامنا ـ يمكن أن يكون مقيدا « فاذا أبرأ الدائن مديونه عن بعض الدين ابراء معيدا بأداء الباقى منه فى وقت معين وصرح بأنه ان لم يؤده فى ذلك الوقت يبقى عليه الدين بحاله وفعــل المديون ذلك وأدى الباقى فى ذمته برىء وان لم يؤده فلا يبرأ ويبقى الدين كله » (م ٢٤٤٠ من مرشد الحيران) ·

ومن ذلك أيضا « لو حط الدائن عن مديونه بعض الدين على أن يجعل أداء الباقى له ولم يؤقت للأداء وقتا وقبــل المديون ذلك فانه يبرأ من الدين ولا يعود عليه سواء أدى الباقى أو لم يؤده » (م· ٢٤٥ من مرشـد الحيران) · وذكرت المادة ١٣٦ من مرشد الحيران ما يقابله وهو الابراء العام عن كافة الحقوق والدعاوى ، فلو قال الطالب لمطلوبه لا تعلق لى عليك كان ابراء عاما كقوله لا حق لى قبله(١٦) ·

وقد أجملت كل ما تقدم احدى المحـاكم الشرعية المصرية بقولها « نقل فى التنقيح عن المحقق الشرنبلانى أن البراءة اما عامة يبرأ فيها من الدين والعين فلا حق أو لا دعوى أو لا خصومة قبل فلان ، أو هو برىء من حقى أو لا دعوى

---

(١٥) وجاء بمجلة الاحـكام الشرعية على مذهب الامـام أحمد بن حنبل بخصـوص الابراء على أنه هبة دين بعض الاحـكام فبعد أن ذكرت المـادة ٨٩٣ من هذه المجلة أنـه « لا تصــح هبة الدين لغير المدين » ·

جاء فى المـادة ٨٩٤ منها « هبة الدين للمدين ابرائه منه وليست هبة حقيقية » ·
راجـع أيضـا لدى الحنفية المـادة ٨٤٧ من مجلة الأحكام العـدلية ونصها كالآتى « اذا وهب أحـد دينه للمديون أو ابرأ ذمته عن الدين ولم يرده المديون صح ذلك وسقط عنه الدين فى الحـال » ·

(١٦) راجع الاشــــباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٠/١٩٨٠م ، ص ٢٦٣ ·

وقالت احدى المحاكم الشرعية المصرية أن الابراء العام من الدعاوى يمنع من سماع الدعوى الا بسبب حادث بعد البراءة · محكمة المنصورة الشرعية جلسة ١٩٣٠/٥/١ ، ـ راجع أيضـا : محكمة اجـا الشرعية فى ١٩٣٣/١٠/١٦ ، ـ راجع مع أحكام اخرى : مبادى القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، أحمد نصر الجندى ، مشار اليه من قبل ، ص ١٠ ـ ١١ ·

عليه أو لا تعلق لى عليه أو لا استحق عليه شيئا أو ليس لى معه أمر شرعى أو ابرائه من حقى ٠ واما خاصة بدين خاص كأبرأته من دين كذا أو بدين عام كأبرائه مما لى عليه فيبرأ عن كل دين دون العين واما خاصة بمعين ٠ وذكر العلامة ابن عابدين مثل ذلك وأن البراءة قسمان : براءة اسقاط تسقط الدين عن الذمة مثل اسقطت وحططت ، وبراءة استيفاء مثل ابرأتك براءة استيفاء وهى عبارة عن الاقرار بأنه استوفى حقه وقبضه »[١٧] ٠

٤١١ ـ خصائص ابراء الاســـقاط :

١ ـ الابراء تبرع ٠ ودليل ذلك عند الحنفية أنه يشترط لصحته أن يكون المبرىء أهلا للتبرع (م٠ ٢٣٥ من مرشد الحيران) ٠ ودليل ذلك عند الحنابلة ايضــا ما جاءت به مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل من أنه لا يصح الابراء ممن لا يصح تبرعه (م٠ ١٦٥٨) ٠

٢ ـ يتم أبراء الاسقاط من الدائن دون قبـــول المدين ٠ فعند الحنفية لا يتوقف الابراء على قبول المديون (م٠ ٢٣٩ من مرشد الحيران) ـ (م٠ ١٥٦٨ من مجلة الاحكام العدلية) ٠ وعند الحنابلة الابراء اسقاط فلا يفتقر الى القبول (م٠ ١٦٥٧ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل) ٠ وعند الشافعية لا يشترط القبول فى الابراء على الاصح[١٨] ٠

---

(١٧) محكمة كفر الزيات الشرعية ، فى ١٩٤٠/٣/١٩ ، مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما . أحمد نصر الجندى ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٢ ٠

(١٨) الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٥٢٤ ٠

لم يخالف فى ذلك الا المـالكية : راجع الجزىء الثانى من الفروق للامام شهاب الدين الصنهاجى القرافى / دار المعرفة ، بيروت ٠ ص ١٢٠ ـ ١٢١ ٠

ويقـول ابن نجيم الحنفى « الابراء لا يتوقف على القبـول الا فى الابراء فى بدل الصرف والسلم كما جاء فى البدائع » الاشباه والنظائر الموقع السابق ٠

٤١٢ ـ صحة الابراء :

يشترط لصحة الابراء ما يلى :

١ ـ فباعتبار الابراء من التبرعات ينبغى ان تتوافر اهلية التبرع لدى المبرىء كما ذكرنا • فلا يصح ابراء الصغير أو المجنون • اذ يجب ان يكون المبرىء عاقلا أو مكلفا رشيدا (١٩) •

كما لا يصح ابراء المريض مرض الموت • فالابراء فى مرض الموت المخوف يعتبر عند الحنابلة وصيةتجرى فيه أحكامها (م• ١٦٦٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل) • وعند الحنفية لا يصح ابراء المريض فى مرض موته وارثه من الدين الذى له عليه أو بعضه سواء كان على المريض دين ام لم يكن • (م• ٢٤١ من مرشد الحيران) • وعند الحنفية أيضا اذا ابرأ المريض فى مرض موته غير وارثه من الدين الذى له عليه يعتبر ذلك من ثلث تركته بعد وفا عما يكون عليه من الدين وان كانت التركة مستغرقة بالدين فلا يعتبر ذلك الابراء (م• ٢٤٢ من مرشد الحيران) •

٢ ـ يشترط لصحة الابراء رضا رب الدين عند الحنفية خاصة • فان اكره اكراها معتبرا على ابراء مدينه فلا تبرأ ذمته من الدين (م• ٢٤٠ من مرشد الحيران) (٢٠) •

٣ ـ يجب ان يكون المبرأ معلوما ومعينا • ونصت على ذلك المادة ١٥٦٧ من مجلة الاحكام العدلية • فلو قال ابرأت جميع مديونى أو ليس لى

---

(١٩) راجع المادة ١٦٥٨ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل ـ المادة ٢٣٥ من مرشد الحيران ـ المادة ١٥٤١ من مجلة الاحكام العدلية ونصها كالاتى : « لا يصح ابراء الصبى والمجنون والمعتوه مطلقا » •

(٢٠) راجع المادة (١٠٠٦) من مجلة الاحكام العدلية •

عند أحـد حـق فلا يصح ابراؤه ٠٠ اما لو قال أبرأت اهالى المحلة الفلانيـة وكان اهالى تلك المحلة معينين ومعـدودين فيصح الابراء(٢١) ٠

ولا يشترط فى صحة الابراء علم قدر الدين ولا صفته (م٠ ١٦٦٠ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ٠

٤ ـ يجب فى الابراء الا يكون معلقا على شرط ٠ فالبراءة تفيد ـ عنـد الحنفية ـ معنى التمليك فلا يصـح تعليقها بالشرط (م٠ ٢٤٣ من مرشـد الحيران) (٢٢) ٠

وعند الحنابلة ايضا لا يصح الابراء المطلق على شرط لكن لو علقه على موته كان وصية تجرى فيه إحكامها على ما ذكرنا (م٠ ١٦٥٩ من مجلة الاحـكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل) ٠

٤١٣ ـ آثار الابراء :

يترتب على ابراء الاسقاط متى تم صحيحا سقوط الدين فمن أبرأ شخصا من حق له عليه يصح الابراء عنه سقط عن المبرأ ذلك الحق (م٠ ٢٣٤ من مرشد الحيران) ٠ ونصت على ذلك ايضا المـادة ١٥٦٢ من مجلة الاحكام العـدلية بقولها : اذا أبرأ واحـد آخر من حق سـقط ذلك الحـق ولا يبقى لـه أن يدعى به (٢٣) ٠

---

(٢١) راجع المـادة ٢٣٧ من مرشد الحيران ونصـها كالاتى : « اذا تعدد المبرءون يلزم تعيينهم تعيينا كافيا » ٠ ويقول ابن نجيم « ولو قال الدائن لمديونيه ابرأت احـدكما لم يصح ٠ ذكره فى فتح القدير من خيار العيب » الاشباه والنظائر ، ص ٦٤ ، وقالت احـدى المحـاكم الشرعية المصرية « ان الابراء من مجهول صحيح بشرط أن يكون من شخص معين ٠ فالابراء من المجهول صـحيح قضاء وديانة بشرط أن يكون من شخص معين أو قبيلة معينة محصورة ٠ فابراء المجهول ولو من شيء معلوم لا يصح بخلاف ابراء المعلوم ولو من مجهول فانه صـحيح كما فى الخلاصـة » ٠ محكمة المطارين الشرعية ، جلسة ١٩٤٩/١/١٩ ، مبادىء القضاء الشرعى ، مشار اليه من قبل ، ص ١٤ ٠

(٢٢) يقـول ابن نجيم الحنفى فى الاشباه والنظائر « الابراء فيه معنى التمليك ومعنى الاسقاط » ٠ الموقع السابق ٠

(٢٣) وذلك تطبيق لمـا جاءت به المـادة ٥١ من مجلة الاحكام العدلية من أن الساقط لا يعـود كما أن المعـدوم لا يعـود « ويقول ابن نجيم فى الاشباه والنظائر » الابراء العام لا يمنع الدعوى بحق قضاء لا ديانة ان كان بحيث لو علم بماله من الحق لم يبرئه فى شفعة الولد الجيـه لكن فى خزانة الفتاوى ٠ الفتـوى على أنه يبرأ قضـاء وديانة وان لم يعلم به » ص ٢٦٥ ، « الدين يسقط بالابراء » ص ٣١٧ ٠

وعند الحنابلة أيضا ، فاذا أمعنا النظر في المادتين ١٦٥٥ ، ١٦٥٧ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل كما عرضنا لهما من قبل ، وجدنا أن الابراء اسقاط يرتب انقضاء الدين وبراءة ذمة المدين منه ٠

لكن يلاحظ أن أثر الابراء على النحو السابق يفترض - عند الحنفية خاصة - أن للدين لم يرد ٠ اذ الابراء يرتد بالرد عند الأحناف ٠ فقد نصت المادة ٢٣٩ من مرشد الحيران على أن الابراء يرتد برد المدين ٠ وهو ما ذكرته أيضا المادة ١٥٦٨ من مجلة الاحكام العدلية (٢٤)٠ والاصل أن رد الابراء من المدين يكون قبل قبوله له ٠ وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل (م٠ ٢٤٦ من مرشد الحيران) ٠

والخلاصة أنه يتضح لنا ، وهذه ملامح الابراء في الفقه الاسلامي أن القانون المدني في الكويت ومصر قد سار بشأن الابراء على النهج الاسلامي ٠

---

(٢٤) قارن عند الحنابلة : نص المادة ١٦٥٧ من مجلة الاحكام الشرعية « الابراء اسقاط فلا يفتقر الى القبول ولا يعطل بالرد ٠٠٠٠ » ٠

ويقول ابن نجيم الحنفي : الابراء يرتد بالرد الا في مسائل

الأولى : اذا أبرأ المحتال المحتال عليه فرده لم يرتد ٠

الثانية : اذا قال المدين ابرئني فأبرأه فرده لا يرتد ٠

الثالثة : اذا أبرأ الطالب الكفيل فرده لم يرتد ٠

الرابعة : اذا قبله ثم رده كما ذكره الزيلعي في مسائل شتى من القضاء ٠

الاشباه والنظائر ، الموقع السابق ٠

المطلب الثانى

أحكام مرور الزمن فى الفقــه الاســلامى

٤١٤ ـ مرور الزمن يمنع ســماع الدعــوى ولا يسقط الحق :

ان مرور الزمن (التقــادم) لا يؤدى ـ فى الفقه الاسلامى ـ الى ســقوط الحق وانما يكون مانعا من سماع الدعوى به • ويظهر ذلك بوضوح ـ وعلى وجه الخصوص ـ فى الفقه الحنفى • اذ نصت المــادة ١٦٧٤ من مجلة الاحكام العدلية على ما يأتى : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان ٠٠٠٠٠٠ » وقد أكد ذلك صاحب مرشــد الحيران فى المــادة ٢٥٦ بقــوله : دعــوى الدين أيا كان ســببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة (٢٥) •

ويبين من ذلك أن مرور الزمن فى هذا الفقه ليس تقادما يسقط الحق ولكنه ـ فى اصطلاح الفقهاء ـ عبارة عن منع سماع الدعوى بعد أن تركت مدة معلومة بدون عذر • وهذا المنع غير قياسى لان الحق لا يسقط بتقادم الزمان بل استحسان ووجهة منع التزوير والتحيل لان ترك الدعوى زمانا مع التمكن من قيامها يدل على عدم الحق ظاهرا حتى اذا انتفت هــذه العلة وجب ســماع الدعوى مهما طالت المــدة • ومنع سماع الدعوى ليس مبنيا على بطلان الحق وانما هــو مجرد منع للقضاء عن سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه(٣٦) •

---

(٢٥) راجع أيضا فى مرشد الحيران باب وضع اليد وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان • المــادة ١٥١ وما بعــدها • ـ راجع أيضا نص المــادة ١٩٥ من مرشــد الحيران وتقضى بعــدم سماع الدعــوى بالدين على المــدين بعــد مضى خمس عشرة سنة بلا عــذر وان لم يسقط الحــق بمرور الزمان •

(٣٦) راجع : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ص ٩٨٣ •

وقــد أوضحت ذلك احــدى المحاكم الشرعية المصريه بقــولها : ان النص الشرعى يقضى بان الحــق لا يسقط بتقادم الزمان وان طالت المدة وان التقــادم الى زمن معين يمنع من سماع الدعوى قطعا للحيل والتزوير لدلالة الحال على ذلك بالترك مع طول المــدة فلا تسمع الدعوى مــع التقــادم ، وهــذا بنــاء على تخصيص القضاء وما يملكه ولى الأمر من المنــع من سماع الدعوى بعــد المــدة المقررة •

« كمة العيــاط الشرعية فى ١٩٢٩/٢/٢٥ ـ مبادىء القضــاء الشرعى فى خمسين عاما • أحمــد نصر الجنــدى ، المجلــد الأول ، الطبعة الثانية ١٣٩٨ ـ ١٩٧٨ ، دار الفكر العربى ، مبــدأ (١) ص ٣١٦ •

ويبدو أن الحنفية استندوا ، فيما ذهبوا اليه من أن مرور الزمن يمنع سماع الدعوى الى الاستحسان على ما مر بنا ، وفوق ذلك فقد استندوا الى قاعدة « القضاء يجوز تخصيصه بالزمان والمكان » · فقد جاء فى الاشباه والنظائر لابن نجيم « القضاء يجوز تخصيصه وتقييده بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات كما فى الخلاصة · وعلى هذا لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة لا تسمع ، ويجب عليه عدم سماعها »(٢٧) وجاء فى حاشية رد المحتار لابن عابدين أن « القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها لم ينفذ »(٢٨) ·

والظاهر أن للحنابلة نفس الاتجاه فى أن مرور الزمن لا يسقط الحق وانما يمنع سماع الدعوى به · فقد جاء فى مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل (م· ٢٠٥١) أنه يصح للامام نهى القاضى عن النظر فى بعض المعاملات وسماع بعض الدعاوى والحكم فى مسألة معينة ومثله لو قال : لا تقضى فيما مضى له عشر سنين ونحو ذلك · والمعنى الواضح لذلك أن مرور الزمن يمنع القاضى من سماع الدعوى · والمنع هنا من قبيل تخصيص القضاء بالزمان بأمر الامام · فقد جاء بالمادة ٢٠٤٩ من مجلة الاحكام الشرعية

---

(٢٧) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٢٣٠ ·

وجاءت القاعدة فى المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية أيضا ونصها كالآتى :

« القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات فالحاكم المأمور بالحكم مدة سنة يحكم فى تلك السنة فقط وليس له أن يحكم قبل حلولها أو بعد مرورها ، وكذلك الحاكم المنصوب للحكم فى قضاء يحكم فى جميع أطراف ذلك القضاء وليس له أن يحكم فى قضاء آخر · والحاكم المنصوب ان يحكم فى محكمة معينة يحكم فى تلك المحكمة فقط وليس له أن يحكم فى محل آخر وكذلك لو صدر أمر سلطانى بعدم سماع الدعوى المتعلقة بالشأن الفلانى لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للحاكم أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها ، أو كان الحاكم مأذونا باستماع بعض الدعاوى المعينة دون غيرها فله أن يسمع الدعاوى المأذون بها فقط وأن يحكم بها وليس له سماع ما عداها والحكم به ······ » ·

وراجع أيضا : شرح سليم رستم باز على النص السابق ·

شرح المجلة ، ص ١٦٨ – ١٧٠ ·

(٢٨) حاشية رد المحتار على الدر المختار : شرح تنوير الأبصار ، لابن عابدين · مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٤١٩ ·

المذكورة أن القضاء يقبل التخصيص بالزمان والمكان(٢٩) • ومما تقدم يتضح أن ترك الدعـــوى بالحق المدة الطويلة مع التمكن وانكار الخصم وعدم العذر الشرعى مانع من سماع الدعوى • فمناط النهى عن سماع الدعوى انكار الحق وألا يقوم بالمدعى عذر يحول بينه وبين المطالبة بهذا الحق •

الفرع الأول

المدة المـــانعة من سماع الدعـــوى وبدء سريانها

٤١٥ ـ المـدة :

تحددت المـدة المـانعة من سماع الدعوى فى الفقه الاســـلامى بخمس عشرة سنة وأحيانا بست وثلاثين سنة على النحو التالى (٣٠) :

---

(٢٩) ونص المـادة ٢٠٤٩ كالاتى « القضـاء يقبل التخصيص بالزمان والمكان فلو ولاه الامام عموم النظـــر فى عموم العمل جاز ، وكان لـه أن ينظر فى كافة وظائف القضـــاة فى ســـائر البـــلاد •

واذا ولاه القضاء سـنة كذا لم يصـح حكمه قبـل حلولها ولا بعـد مرورها • ولو ولاه قضاء بلدة أو محله لم ينفـذ حكمه الا فيها ليس له أن يسمع بينة الا فيها » •

ونصت المـادة ٢٠٥٠ على ما يأتى « القضـاء يتقبل التخصيص ببعض أنواع المعاملات • أو بقـدر من المـال لا يتجاوزه ••••• » •

ومن تطبيقات ذلك فى المملكة العربية السعودية فى نطـاق الملك ما تضمنه تعميم سماحة رئيس القضـاه رقم ٨١٦ وتاريخ ١٣٨١/٨/٢٠ وموضـوعه « اذا ادعى شـخص على آخر فى دار ونحـوها والمدعى عليـه حائز للمدعى به مدة طـويلة ويتصرف فيه تصرفا مطلقـا ولم يعارضه فى ذلك المدعى مـع حضوره ومشاهدته فان مثل هـذه الدعـوى لا تسمع » • منشور بمجموعة الانظمـة واللوائح والتعليمـــات التى تصـدرها وزارة العـدل ، فهرس أهم تعـــاميم سماحـة رئيس القضاة الموجـودة بادارة الوثائق والبحـوث ، ص ١٤٩ • راجـع أيضـــا وبنفس المصدر ص ١٣٩ تعميم سماحة رئيس القضاه رقم ٩٣٨ وتاريخ ١٩٨٠/٩/٢٢ ويتضمن نفس المعنى •

(٣٠) وجاء فى شرح مجلة الاحكام العدلية فى هذا الخصوص : ثم اعلم أن الفقهاء قـد اختلفوا فى تعيين المـدة التى لا تســـمع بعدها الدعـــوى فجعلها بعضهم ستا وثلاثين سنة وبعضهم ثلاثا وثلاثين سنة وبعضهم ثلاثين فقط•راجع سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ص ٩٨٣•

حدد الحنفية المدة التى لا تسمع الدعوى بعد مضيها بخمس عشرة سنة (٣١) ٠ ففى المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران نجد أن دعوى الدين أيا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة ٠ كذلك تقضى المادة ١٥١ من مرشد الحيران بأن واضع اليد على عقار أو غيره وكان متصرفا فيه تصرف الملاك بلا منازع ولا معارض لمدة خمس عشرة سنة لا تسمع عليه دعوى الملك بغير الارث من أحد ليس بذى عذر شرعى ان كان منكرا ٠

وكما هو واضح فان المدة المانعة من سماع الدعوى هى – فى الفقه الحنفى – خمس عشرة سنة دونما تفرقة بين العين والدين أى بين الحق الشخصى والعينى ٠ وهو ما أكدته مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٦٦٠(٣٢) ٠

وما ينبغى أن يلاحظ ، أنه اذا كانت المدة المانعة من سماع الدعوى هى خمس عشرة سنة دونما تفرقة بين العين والدين ، فان فى نصوص الفقه الاسلامى – الحنفى خاصة – ما يفيد بأن المدة تكون غير ذلك بالنسبة للوقف والارث (٣٣) ٠

فمن كان واضعا يده على عقار متصرفا فيه تصرف الملاك بلا منازع مدة ثلاث وثلاثين سنة فلا تسمع عليه بعدها دعوى الارث ولا دعوى أصل الوقف الا لعذر شرعى (م ٠ ١٥٢ من مرشد الحيران) ٠

---

(٣١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، الموقع السابق ٠

(٣٢) ونص المادة ١٦٦٠ كالآتى « لا تسمع دعوى الدين والوديعة والعقار الملوك والميراث وما لا يعود من الدعاوى الى العامة ولا الى أصل الوقف فى العقار الموقوفة كدعوى المقاطعة أو التصرف بالاجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة » ٠

(٣٣) فى هذا المعنى : المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى مصر ونصها كالآتى « القضاة ممنوعون من سماع الدعاوى التى مضى عليها ١٥ سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى فى عدم اقامتها الا فى الارث والوقف ، فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ٣٣ سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى له وهذا كله مع الانكار للحق فى تلك المدة »٠

راجع ايضا من التطبيقات فى المملكة العربية السعودية تعميم معالى وزير العدل حول تحديد المدة التى تسقط فى نهايتها مطالبة الخزانة العامة متى تأخر صاحب الحق عن قبضه وقدر ذلك ثلاث سنوات فأكثر اذا كان التأخر بدون عذر ٠ التعميم رقم ١٣٩٢/١١/٢٢ راجع مجموعة الانظمة واللوائح والتعليمات التى تصدرها وزارة العدل ، فهرس أهم التعاميم الصادرة – بتوقيع معالى الوزير الموجودة بادارة الوثائق والبحوث ، ص ٢٧ ٠

وجاء بمجلة الاحكام العدلية فى هـذا الصدد أن الدعاوى المتعلقة فى اصل الوقف ودعاوى الحقوق العينية فى عقار الوقف لا تسـمع بعد مرور ست وثلاثين سنة • ومثال الاولى دعوى المرتزقة من الوقف اذا تعلقت بأصله ومثال الثانية دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب فى عقار الملك(٣٤) • ليس هـذا فحسب بل نجد ايضا الفقه الحنفى قد جعل المدة المانعة من سـماع الدعوى عشرين سنة ، وذلك بالنسبة لدعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب فى الاراضى الاميرية (٣٥) •

٤١٦ ـ ٢ ـ سريان المدة :

يبدأ سريان المدة المانعة من سماع الدعوى وعلى حد قول المادة ١٦٦٧ من مجلة الاحكام العدلية ـ من تاريخ ثبوت الحق للمدعى باقامة الدعـوى بالمدعى به(٣٦) • وعلى ذلك « يعتبر ابتداء المدة المقررة لعـدم سماع دعـوى الدين المؤجل من تاريخ حلول الاجل لا من تاريخ عقد الدين » (م• ٢٥٨ من مرشد الحيران) •

واضح من ذلك أن مرور الزمان فى دعوى دين مؤجـل « انما يبتدىء من حلول الاجل لانه قبل حلوله لا يملك المدعى الدعوى والمطالبة بذلك الدين • مثلا لو ادعى واحد على آخر فقال لى عليك كذا دراهم من ثمن الشىء الفلانى الذى بعته منك قبل خمس عشرة سنة مؤجلا ثمنه بثلاث سنين تسمع دعـواه لانه يكون قـد مر اعتبارا من حلول الاجل اثنتا عشرة سنة لا غير » (م• ١٦٦٧ من مجلة الاحكام العدلية) •

---

(٣٤) راجع نص المادتين ١٦٦١ ، ١٦٦٢ من مجلة الاحكام العدلية •

(٣٥) وهـذا ما نصت عليه المادة ١٦٦٢ من مجلة الأحكام العـدلية فى آخرها •

ونص المادة ١٦٦١ كالآتى « تسمع دعـوى المتولى والمرتزقة المتعلقـة باصـل الوقف الى ست وثلاثين سنة • ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة مثلا اذا تصرف واحد فى عقار تصرف ملك ستا وثلاثين سنة ثم ادعى متولى وقف أنه من مستغلات وقفى فلا تسمع دعواه » •

ونص المادة ١٦٦٢ من مجلة الاحكام العدلية كما يأتى •

« اذا كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب فى عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة وان كانت فى عقـار الوقف فللمتولى ان يدعيها الى ست وثلاثين سنة ولا تسمع دعـوى الطريق الخاص والمسيل وحـق الشرب فى الأراضى الأميرية بعـد أن تركت عشر سنين كما لا تسمع دعوى الاراضى الاميرية بعد مرور عشر سنين » •

(٣٦) راجـع ، سـليم رستم باز ، شرح المجـلة ، ص ٩٨٦ • مع ملاحظة ان السـنة القمرية تبنى عليها السنة الهجرية •

وأيضا يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى « فى دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق أو من تاريخ موت أحد الزوجين » (م· ٢٥٨ من مرشد الحيران) · وعلة ذلك — كما جاء فى نهاية المادة ١٦٦٧ من مجلة الاحكام العدلية — أن المهر المؤجل لا يصير معجلا الا بالطلاق أو الوفاة ·

وعن التقويم الذى به المدة فى سريانها على الوجه المتقدم لذلك فقد تباحثت فيه جمعية مجلة الاحكام العدلية وقررت « أنه اذا كانت المسألة متعلقة بدعوى ذكر فيها الشهر أو السنة على الاطلاق دون تقييد بقيد كالقمرى أو الرومى فيصرف الى القمرى وفقا للعرف الشرعى ··· غير أنه فى المعاملات المقيدة والمحدودة بزمان كالاجارة وتأجيل الدين اذا اتفق العاقدان على ذكر أى تاريخ أرادا مما ذكر فيعتبر اتفاقهما »[٣٧] ·

الفرع الثانى

وقف وانقطاع المدة المانعة من سماع الدعوى

٤١٧ — الاعذار الشرعية المؤثرة فى سريان المدة :

من المسلم به فى الفقه الاسلامى أن مرور الزمن لا يحدث أثره بعدم سماع الدعوى الا اذا كان بدون عذر · فمرور الزمن لا يكفى بذاته لعدم سماع الدعوى بالحق بل يجب — فوق ذلك — أن يكون مقرونا بانعدام العذر فى ترك هذا الزمن يمر دون رفع الدعوى بالحق · فوجود العذر لا يمنع سماع الدعوى مهما كانت مدة الترك ، ويظهر ذلك بوضوح من المادة ١٦٦٣ من مجلة الأحكام العدلية ونصها كالاتى « المعتبر فى هذا الباب اى باب مرور الزمان المانع لسماع الدعوى انما هو مرور الزمان الواقع بلا عذر أما الزمان الذى مر لعذر شرعى ········ فلا يعتبر بها يعتبر بدء مرور الزمان من تاريخ زوال العذر وانحفاعه ··»[٣٨] ·

---

(٣٧) وللقضاء الشرعى المصرى واضح فى ذلك كل الوضوح · فقد قضى بأن المعتبر شرعا ان تمضى خمس عشرة سنة هجرية سواء كان بعض شهورها كامل الأيام أم ناقصها لان الذى يحتسب عدد السنين بخمس عشرة سنة لا احتساب مجموع أيام الخمس عشرة سنة · ملوى الشرعية ، ١٩٤٣/١٠/٣٠ مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما · أحمد نصر الجندى ، مشار اليه من قبل ، مبدأ (٢) ، ص ٣١٦ ·

(٣٨) راجع أيضا فى ضرورة انعدام العذر حتى ينتج مرور الزمن اثره بعدم سماع الدعوى — المواد التالية من مرشد الحيران : ١٥١ — ١٥٢ — ١٥٦ — ٢٥٦ — ٢٥٧ — ٢٥٩ — ٢٦١ ·

ونخلص من هذا النص الى ان وجود العذر لترك الدعوى بالحق انما يحول دون تحقق الاثر المرجو لمرور الزمن ويتمثل فى منع سماع الدعوى ٠ والمقصود بالعذر تلك الحاجة التى تجعل الشخص غير قادر على المطالبة بحقه (٣٩) ٠ وعدم تحقق هذا الاثر انما يرجع أصلا وحسبما يبين من النص ـ الى عدم اعتبار مرور الزمن مع وجود العذر وقيامه ٠ ليس هذا فحسب ، بل ان النص قد صور عدم تحقق الاثر المرجو لوجود العذر بعدم اعتبار مرور الزمن ٠ وكما سنرى ـ فان عدم اعتبار مرور الزمن لوجود العذر انما يتخذ صورة من اثنتين ٠ الاولى ، ويوقف العذر فيها سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ٠ وهذا العذر يكون واحدا من بين : الغياب ، وبصفة خاصة غياب من له الادعاء بالحق وانعدام الاهلية وكون خصم المدعى من المتغلبة ٠ أما الثانية ، فيقطع العذر فيها المدة المقررة لعدم سماع الدعوى وهذا العذر يكون واحدا من بين اقرار المدعى عليه بالحق والمطالبة القضائية ٠

ويلاحظ ان القضاء الشرعى فى مصر واضح فى أحكامه بشأن التركيز على ان الاعذار الشرعية قد وردت على سبيل المثال لا الحصر ٠ وانما المدار فيها ـ أى الاعذار ـ أن تكون مشروعه ومانعه للمدعى من رفع الدعوى ، وتركوا ـ أى الفقهاء ـ الامر فى تقدير قوتها وكونها مانعه لفطنة القاضى ٠ وقد مثلوا لها على ذكرنا بغيبة المدعى عليه او المدعى أو فقرهما وكذا جنون المدعى أو خشية سلطان المدعى عليه وكونه ذا شوكه يخشى بأسه اضافة الى اعسار المدين (٤٠) ٠

ونتكلم أولا عن الاعذار التى توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ثم نعقب ذلك بتناول ما يؤدى الى انقطاعها من اعذار ٠

٤١٨ ـ أولا ـ الاعذار التى توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى :

تتمثل هذه الاعذار كما ذكرنا فى الغياب وكون خصم المدعى من المتغلبة اضافة الى انعدام الأهلية ٠ فاذا توفر عذر منها ترتب على ذلك وقف

---

(٣٩) محكمة ملوى الشرعية فى ١٩٤٧/٢/١٢ ، مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، احمد نصر الجندى ، مشار اليه من قبل ، المجلد الاول ، مبدأ رقم ١ ص ٢٢٩ ٠ وقد اطلق عليه العذر الشرعى اعتمادا على أن المادة الموضوعية لقضاء المحاكم الشرعية هى اقوال فقهاء المذاهب راجع ايضا حكم محكمة تلا الشرعية فى ١٩٣٧/٤/٢٠ ، وقد ورد فى المصدر السابق ، نفس الصفحة ٠ مبدأ رقم (٢) ٠

(٤٠) حكم محكمة ملوى الشرعية فى ١٩٤٧/٢/١٢ ، وقد سبق الاشارة اليه حكم محكمة تلا الشرعية فى ١٩٣٧/٤/٢٠ وقد سبق الاشارة اليه ٠

المدة المقررة لعدم سماع الدعوى . ومدار الوقف بصفة عامة أن المدة تستأنف سريانها بعد زوال العذر الموقف ليضاف ما يكون منها بعد هذا الزوال الى ما كان منها قبل وجود العذر . الا أن هناك ملاحظة هامة نجد لزاما علينا ان نبرزها قبل الخوض فى غمار التفاصيل بخصوص الاعذار تلك لانها ملاحظة تتعلق بمفهوم وقف المدة . ذلك أن هذا المفهوم يفترض - على نحو ما عرضنا له منذ قليل - ان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى قد بدأ سريانها ثم طرأ عذر من الاعذار الموقفة . لكننا نلاحظ بالنسبة للعذر الثانى ويتمثل فى أن خصم المدعى بالحق من المتغلبة - وقد ذكره البعض ضمن الاعذار الموقفه[41] - أن مفهوم وقف المدة بعيد عن التحقق الى حد ما . اذ العلة فى كونه عذرا . كما سنرى - أن المدعى يخشى نفوذ وجود المدعى عليه وهو من المتغلبة . وعلة مثل هذه تقوم غالبا - وحسبما نعتقد - منذ بدء سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى أى من تاريخ ثبوت الحق للمدعى باقامة الدعوى بالمدعى به ومرجع ذلك ان صفة المدعى عليه بأنه من المتغلبه انما تكون له قبل ثبوت الحق للمدعى باقامة الدعوى بالحق المدعى به أى قبل بدء سريان المدة المانعة أو على الاقل تكون معاصرة له ولان المدة لن تبدأ فى السريان لقيام العذر قبل سريانها وبتأثيره . فانه لا توجد مدة قبل العذر يقال باضافتها الى ما سيكون منها بعد زوال العذر . وبالتالى نرى أن مفهوم وقف المده لا يتحقق بالنسبة لهذا العذر وأن العذر أقرب الى اعتباره سببا للانقطاع وليس الوقف[42] . الا اذا تصورنا فرضا تبدأ فيه المدة المقررة بعدم سماع الدعوى فى السريان لان المدعى عليه شخص عادى ليس من المتغلبة ، بعد مضى جزء منها وقبل اكتمالها - يصبح المدعى عليه من المتغلبة وأصحاب النفوذ . ونظرا لامكان تصور هذا الفرض فاننا سوف نبقى على عرض العذر - محل ملاحظتنا - ضمن أسباب وقف المدة .

١ - الغيـــاب :

من الأعذار التى توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى غياب المدعى بالحق . ونصت على ذلك المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران

---

(٤١) راجع ، صبحى محمصانى ، المرجع السابق ، ص ٥٧٩ .

(٤٢) راجع فى المعنى : محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربى ، رقم ٨ ، ص ١٦٢ : ويرى فيما ذكرناه فى المتن اسبابا توقف سريان المدة أسبابا تقطع سريانها .

والمادة ١٦٦٣ من مجلة الأحكام العدلية(٤٣) . والغياب كعذر يكون لمدة سفر هى ثلاثة ايام اى مسافة ثمانى عشرة ساعة بالسير المعتدل(٤٤) ، وذلك كما جاء بالمادة ١٦٦٤ من مجلة الأحكام .

فاذا توفر عذر الغياب على هذا النحو ترتب على ذلك وقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، الا ان الغياب – وهذا بدهى – يزول بحضور الغائب وهنا تستأنف هذه المدة سريانها مرة أخرى ويضاف – فى احتساب المدة كلها – ما سيكون منها بعد زوال الغياب كعذر أيهما كان منها قبل وجوده . فاذا اكتملت المدة المقررة امتنع على القاضى سماع الدعوى . والفرض أن مدة التوقف حال قيام العذر لا تدخل فى حساب المدة وصولا الى اكتمالها . وقد عبرت عن ذلك المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران اذ قالت « دعوى الدين أيا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة فان تركها المدعى بعذر بان كان غائبا .... فانها تسمع ما لم تمض هذه المدة بعد حضور الغائب من سفره ... » .

ويلاحظ أن الغياب باعتباره عذرا شرعيا – ومعياره مدة سفر هى ثلاثة ايام – يتعطل دوره فى وقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى لو اجتمع المدعى بالمدعى عليه ولو مرة واحدة فى بلدة يمكنه فيها اقامة الدعوى ولم يدع لدى القاضى . وفى تصوير هذا الفرض تقول المادة ١٦٦٥ من مجلة الاحكام العدلية « ساكنا بلدتين بينهما مسافة سفر (أى سفر لمدة ثلاثة أيام كما سبق) اجتمعا فى بلدة ولو مرة وأمكن محاكمتهما ومع ذلك لم يدع احدهما على الآخر شيئا ومضت على ذلك مدة مرور الزمن لا تسمع دعوى أحدهما على الآخر بتاريخ سابق على تلك المدة »(٤٥) . فاذا

---

(٤٣) ومع وضوح نص مرشد الحيران والمجلة فى أن الغياب المعتبر هو غياب المدعى بالحق ، الا أن البعض قد أضاف بأن يعتبر أيضا غياب المدعى عليه . – راجع حكم محكمة ملوى الشرعية وحكم محكمة تلا الشرعية . مشار اليهما من قبل . وراجع فى ذلك أيضا : سليم رستم باز . شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٩٩٠ – راجع أيضا : صبحى محمصانى ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨ . ويقول أن الفتوى المعتمدة تعتبر غيبة المدعى عليه أيضا أن الاعذار المانعة لحكم مرور الزمان . وأورد فى ذلك دليلا من الجزء الثانى من الفتاوى الخيرية ، ص ٨٠ .

(٤٤) وقد عبرت المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران عن الغياب بقولها أن يكون المدعى بالحق « غائبا مسافة القصر » .

(٤٥) راجع فى توضيح هذا النص : سليم رستم باز ، شرح المجلة – مشار اليه من قبل ، ص ٩٩١ .

تحقق ذلك لا تسمع الدعوى على الرغم من تحقق الغياب – ومعياره السفر للمدة المذكورة – الذى يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كعذر كان يفترض معه سماع القاضى للدعوى بوجوده ٠

٢ – خصم المدعى من المتغلبة :

لا يعتبر مرور الزمان – على حد ما جاء بالمادة ١٦٦٣ من مجلة الأحكام العدلية – اذا كان لرجل مع أحد المتغلبة دعوى ولم يمكنه اقامتها لامتداد زمن تغلب خصمه وانما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب ٠ ومعنى ذلك ، انه لو كان المدعى عليه من المتغلبة ، كما لو كان أميرا جائرا من أصحاب النفوذ(٤٦) ، يخشى المدعى جوره وبطشه لو رفع الدعوى فانه اذا تركها لهذا السبب فلا تأثير لمرور الزمن ولا عبرة به ، وتسمع دعواه لو بعد خمسين سنة ٠ الا أن مرور الزمن يؤثر فى سماع الدعوى من الوقت الذى يزول فيه تغلب المدعى عليه ٠ ولا يغيب عن الذاكرة الملاحظة التى ذكرنا من قبل بخصوص هذا العذر ٠

٣ – انعدام الأهلية :

تقضى المادة ١٦٦٣ من مجلة الاحكام العدليه بأن الزمان الذى مر لعذر شرعى كما لو كان المدعى صغيرا أو مجنونا ومعتوها سواء كان له وصى أو لم يكن فلا يعتبر بل يعتبر بدء مرور الزمان من تاريخ زوال العذر واندفاعه(٤٧) ٠

---

(٤٦) راجع فى تفسير المتغلبة : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق ٠

ومن تطبيقات ذلك ما قضت به المحاكم الشرعية فى مصر من أن قيام الزوجية يعد من الاعذار الشرعية التى يغتفر معها عدم المطالبة بالحقوق ويكون قيامها مانعا من سريان المدة المانعة من سماع الادعاء بالحقوق شرعا مع التمكن وانكار الحق ٠ (تلا الشرعية ١٩٣٧/٤/٢٠) مشار اليه من قبل ٠ وقد ورد فى مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، المجلد الاول ، مشار اليه من قبل ، مبدأ رقم ٥ ، ص ٢٣١ (اعذار شرعية) ٠ مع ملاحظة أنه سبق الاشارة لنفس الحكم وفى نفس المرجع ولكن فى موقع آخر من صفحاته ٠ وتقول محكمة ملوى الشرعية فى ١٩٤٧/٢/١٢ وقد سبق الاشارة اليه أن من الاعذار أن يكون من عليه الحق ذا سلطان يخشى وأى سلطان اقوى من سلطان الزوج على زوجته ٠ أن يأمرها نتطبع تجنبا للاذى وهذا اكراه منه بمقتضى سلطانه عليها وارغام لها على السكوت عن المطالبة ٠

(٤٧) قارن الحكم كما جاء بمرشد الحيران وتضمنه نص المادة ٢٥٦ « ٠٠٠٠٠٠٠ فان تركها المدعى (دعوى الدين) بعذر بأن كان ٠٠٠٠٠ صبيا أو مجنونا وليس له ولى أو وصى فانها تسمع » وواضح أن النص قد اشترط بالنسبة للصبى وكذا المجنون عدم وجود الولى أو الوصى بخلاف نص مجلة الأحكام العدلية الذى عمم الأمر وقال سواء كان للصغير أو المعتوه أو المجنون وصى أو لم يكن ٠

والمعنى الواضح للنص ، انه اعتبر انعدام الاهلية لسبب بما جاء به عذرا شرعيا بوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالحق ، بحيث لا تستأنف سريانها الا بزواله ٠ أى من الوصول الى حد البلوغ ٠ والمدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذ تستأنف سريانها مرة أخرى منذ الوصول الى حد البلوغ فانها تضاف الى ما كان منها قبل العذر ٠ فاذا تمت المدة المقررة كانت مانعا من سماع الدعوى ٠

والخلاصة أن الاعذار أو الاسباب التى توقف مرور الزمن المانع من سماع الدعوى منها ما يتعلق بالمدعى ومنها ما يتعلق بالمدعى عليه ٠ فلو توفر عذر من الاعذار السابقة مع ترك المدعى دعواه بالحق ترتب على ذلك وقف سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعوى شرعا بحيث تسمع الدعوى ما دام العذر قائما ولو مضت بالفعل المدة المقررة تلك ٠ ولكن تستأنف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى فى السريان شرعا منذ زوال العذر ٠ ويكون سريانها لما يكمل المدة المقررة مضافا الى ما كان منها قبل تحقق العذر ولا يدخل فى حساب الفترة التى كان فيها العذر قائما ٠

٤ ـ افلاس المدعى عليه :

ان افلاس المدين يعد عذرا يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى فلو ترك صاحب الحق دعواه به بسبب افلاس مدينه اذ لا يتأتى له اقامة الدعوى ، وما دام المدين مفلسا ، تسمع دعواه ولو كان قد مضى على أعساره المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلها كما لو كانت خمس عشرة سنة ونصت على ذلك المادة ١٦٦٨ من مجلة الاحكام العدلية اذ قالت « لا يبتدىء مرور الزمان فى دعوى الدين على المفلس الا من تاريخ زوال الافلاس ٠ مثلا لو ادعى على واحد تمادى افلاسه عشر سنين ثم تحقق يساره بعد ذلك أن لى عليك من قبل خمس عشرة سنة كذا وكذا دينا من الجهة الفلانية ولما كنت مفلسا من ذلك التاريخ الى الان لم أتمكن من الدعوى عليك ٠ أما الان وقد صرت قادرا على اداء الدين فانى أدعى عليك به تسمع دعواه » ٠

ومفاد ذلك كما ذكرت أن افلاس المدين يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بحيث اذا زال تستأنف المدة سريانها منذ الزوال لتضاف الى ما كان منها قبل تحقق الافلاس سبب الوقف فاذا أكتملت لا تسمع الدعوى ٠ ولا يدخل فى حساب المدة الفترة التى ظل فيها الافلاس قائما ٠ وعلى ذلك تسمع الدعوى لو رفعت بعد يسار المدين وقبل اكتمال المدة المانعة من سماع الدعوى كلها ٠

٤١٩ ـ الاعذار التى تقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى :

ينقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى فى الفقه الاسلامى باقرار المدين والمطالبة القضائية • ويلاحظ أن الانقطاع يعنى محو ما مضى من المدة المقررة تلك قبل تحقق سبب الانقطاع بحيث تبدأ فى السريان ومن جديد المدة المقررة المشار اليها منذ زوال سبب الانقطاع ومن ثم لا يدخل فى حسابها المدة السابقة على حدود سبب الانقطاع ولا الفترة التى كان فيها سبب الانقطاع قائما • وواضح أن الانقطاع يختلف عن الوقف • ففى الأخير لا تلغى المدة السابقة على تحقق سبب الوقف •

ونلاحظ أيضا على أسباب الانقطاع ـ شأنها فى ذلك شأن أسباب الوقف ـ أن منها ما يتعلق بالمدعى ومنها ما يخص المدعى عليه • ونعرض لهذه الاسباب •

١ ـ اقرار المدعى عليه :

ينقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى باقرار المدعى عليه بحق المدعى شريطة أن يكون المدعى عليه قد أقر « واعترف صراحة فى حضور الحاكم بأن حق المدعى عنده فى الحال على الوجه الذى يدعيه •••••• » (م• ١٦٧٦ من مجلة الاحكام العدلية) •

ومعنى ذلك أن اقرار المدعى عليه بحق المدعى لا ينتج أثره فى قطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى الا اذا كان أمام الحاكم • فاذا لم يكن كذلك بل كان فى محل آخر بقية المدة سارية دونما انقطاع وفى حالة اكتمالها لا تسمع الدعوى وهو ما نصت عليه المادة السابقة أيضا • الا أن اقرار المدعى عليه أمام الحاكم بحق المدعى لا يكفى بذاته لقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بل يجب فوق ذلك أن يقر المدعى عليه بأن حق المدعى ما زال باقيا فى ذمته للحال وعلى الوجه الذى يدعيه • فلو ادعى على آخر عقارا أنه ملكه ورثة عن والده فأجابه المدعى عليه انى اشتريته من والدك وعمك المورثين لك بكذا وانى ذويد عليه من أربعين سنة فان دعواه الشراء من والد المدعى وعمه لم يقر ببقاء الملك لهما فى الحال فلا يدفع اقراره مرور الزمان • وكذا اذا ادعى على آخر أيضا أقرضه اياه من عشرين سنة فأجاب المدعى عليه أنه قضى هذا الدين ثم ادعى مرور الزمن فلا يمنعه من دعواه هذه دعواه الايفاء وان كانت دعوى الايصال تتضمن الاقرار بالدين الا أن المدعى عليه لم يقر ببقائه فى ذمته للحال [٤٨] •

---

(٤٨) راجع ، سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ص ٩٩٦ ـ ٩٩٧ •

فاذا وقع الاقرار من المدعى عليه على النحو المتقدم ، أن كان امام الحاكم ومضمونه بقاء الحق فى ذمته للحال على الوجه الذى يدعيه المدعى ، ترتب على ذلك قطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ولا يعتبر ما مر منها قبل ذلك وتسمع الدعوى . ويترتب ذلك بصفة خاصة اذا كان المدعى عليه قد ربط اقراره هذا بسند حاو خطه أو ختمه المعروف وهو ما نصت عليه أيضا المادة ١٦٧٤ من مجلة الاحكام العدلية فى عجزها .

٢ - المطالبة القضائية :

ينقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى فى الفقه الاسلامى ، اضافة الى اقرار المدعى عليه ، بالمطالبة القضائية . وقد نصت عليه المطالبة القضائية كسبب للانقطاع المادة ١٦٦٦ من مجلة الاحكام العدلية ونصها كالآتى « اذا ادعى واحد على آخر شيئا ، بحضور الحاكم فى كل سنة مرة ولم تفصل دعواه ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة فلا يكون مضى المدة مانعا لسماع الدعوى . اما الدعوى والمطالبة عند غير الحاكم فلا تدفع مرور الزمان ومن ثم لو ادعى واحد شيئا فى غير مجلس الحاكم وطالب به وعلى هذا الوجه وجد مرور الزمان فلا تسمع دعواه » .

ويتضح لنا من النص ، أن المطالبة التى تقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى يجب ان تكون أمام القاضى ، هذا فى المقام الاول . وفى المقام الثانى - وهذا بدهى - فانه من المتعين أن يتم قبل مضى المدة المقررة تلك . فاذا توافر ذلك انقطع سريان المدة وسمعت الدعوى ولا عبرة بما مضى من المدة قبل وجود سبب الانقطاع . وعلى ذلك فلو ادعى صاحب الحق وطالب به فى غير مجلس القضاء أو كان فى مجلس القضاء ولكن بعد اكتمال المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، ترتب على ذلك عدم سماع الدعوى .

وقد تضمنت هذه الاحكام المادة ٢٦٠ من مرشد الحيران وجاء بها « انما تعتبر المطالبة فى مجلس القضاء لا فى غيره فان طالب الدائن غريمه فى مجلس القضاء ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدها - وان

طالبه فى غير مجلس القضاء مرارا فلا تعتبر مطالبته ولا تسمع دعواه بعد مضى المدة المذكورة » (٤٩) ٠

الفرع الثالث

آثار انقضاء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى

٤٢٠ - قاعدة عامة واستثناء :

يترتب على مضى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى واكتمالها عدم سماع الدعوى بالحق دون سقوط الحق ذاته ٠ وعلى ذلك يمكننا القول بأن مرور الزمن فى الفقه الاسلامى لا يسقط الحق ذاته وانما يسقط وسيلة المطالبة به ٠ ومن هنا ، فاننا لا نتردد فى القول بأن مرور الزمن فى هذا الفقه - وبخلاف غالبية التقنينات المدنية (٥٠) لا يعد طريقا لانقضاء الالتزام ٠

ولكن يلاحظ أن ثمة استثناء على الاثر المتقدم بخصوص عدم سقوط الحق بمرور الزمن ٠ والاستثناء على صعيد دعوى الدين بالنفقة لدى الاحناف والمالكية ٠ فعند المالكية ، جاء فى قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى (٥١) ٠ لا تستقر نفقة الابوين فيما مضى فى الذمة بل تسقط بمرور الزمان بخلاف نفقة الزوجة الا أن يفرضها القاضى فحينئذ تثبت » ٠ أما عند الاحناف (٥٢) وفى بيان ما افترق فيه نفقة الزوجة والقريب جاء فى الاشباه والنظائر لابن نجم « نفقتها لا تسقط بمضى الزمان بعد التقدير أو الاصطلاح بخلاف نفقته » ٠

---

(٤٩) وجاء فى مرشد الحيران أيضا وفى باب وضع اليد وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان يؤكد ذلك ٠ فقد نصت المادة ١٥٨ على ما يأتى « واذا ادعى فى أثناء المدة فى مجلس القضاء على واضع اليد ولم تفصل الدعوى فلا مانع من سماعها ثانيا ولو مضت المدة المحدودة ما لم يمض بين الدعوى الأولى والثانية المدة المحدودة » ٠

ونصت المادة ١٥٩ أيضا على ما يأتى « المطالبة فى أثناء المدة المحدودة فى غير مجلس القضاء لا تعتبر ولو تكررت مرارا » ٠

(٥٠) التقنينات المدنية العربية التى لم تاخذ باحكام مرور الزمن عن الفقه الاسلامى هى المعنية هنا ٠

(٥١) قوانين الاحكام الفقهية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى المالكى ٠ مشار اليه من قبل ص ٢٤٧ ٠

(٥٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٧٥ ٠

وجاء فى الاشباه والنظائر فى قواعد وفقه فروع الشافعية للسيوطى ٠ فيما افترض فيه نفقة الزوجة والقريب : نفقتها لا تستقط بمرور الزمان بخلاف نفقة القريب ٠ سنة ٥٢٦ ٠

ويلاحظ أنه الى جانب الاستثناء المتقدم على عدم سقوط الحق بمرور الزمان على صعيد دعوى الدين بخصوص دين النفقة ، فان هناك استثناءات أخرى على صعيد دعوى الملك . بخصوص عدم سماع الدعوى لمرور الزمن . فلا اعتبار لمرور الزمان - على حد قول المادة ١٦٧٥ من مجلة الاحكام العدلية - في دعاوى المحال التى يعود نفعها للعامة كالطريق العام والنهر والمرعى . مثلا لو ضبط واحد المرعى المختص بقرية وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه اهل القرية تسمع دعواهم . وواضح أن دعوى المحال العامة لا تسقط بمرور الزمن استثناء على ما هو معروف فى الفقه الاسلامى من أن مرور الزمن وإن كان لا يسقط الحق فانه يسقط الدعوى به(٥٣) .

٤٢١ - المدى الذى يمتنع معه سماع الدعوى لمرور الزمان :

ان الاثر المترتب على مرور الزمان ويتمثل في عدم سماع الدعوى يكون فى مواجهة المدعى بالحق وكذا ورثته . فكما لا تسمع دعوى الدين عن ترك المطالبة به من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة فكذلك لا تسمع من ورثته بعد موته (م. ٢٥٩ من مرشد الحيران) . وعلى هذا النحو ، فاذا ترك واحد دعواه بلا عذر ومر عليها الزمان على ما ذكر آنفا فكما لا تسمع تلك الدعوى فى حياته لا تسمع ايضا من ورثته بعد مماته (م. ١٦٦٩ من مجلة الاحكام العدلية) . وعلة ذلك أن الوارث قائم مقام المورث حقيقة وحكما . فما يمنع صحة دعوى المورث يمنع صحة دعوى الوارث . ولكن هذا اذا ادعى الوارث ذلك الملك بالارث عن مورثه ، أما لو ادعاه بسبب آخر فلا يكون ترك مورثه للدعوى . مانعا من سماع دعواه . لانه بهذه الصورة لا يدعى تلقى الملك من مورثه فلا يكون قائما مقامه (٥٤) .

ويتفرع عن هذا التعليل وبحكم المنطق فرض آخر - غير السابق - نتصور فيه سريان اثر مرور الزمان فى مواجهة الورثة . فما دام الوارث قائما مقام المورث فى الحدود المذكورة ، كلنا شخصا واحدا حكما(٥٥) وعلى هذا ، فلو ترك

---

(٥٣) وفى تعليل هذا الاستثناء قال سليم رستم باز فى شرح المجلة : لعل وجهة ان عدم سماع الدعوى لمرور الزمان محليا اذا تركت دعوى بدون عذر كالغيبة والصغر والجنون تبقى مسموعة مهما طال العذر . والحال ان ترك الدعوى بدون عذر لا يتصور فى دعاوى المحال المخصصة لمنافع عامة لأن العامة لا تخلو من الصغار والمجانين والمعتوهين والغيب راجع ، ص ٩٩٧ - ٩٩٨ .

(٥٤) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٩٩٤ .

(٥٥) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٩٩٥ .

المورث الدعوى مدة وتركها الوارث مدة أخرى وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان فلا تسمع تلك الدعوى(٥٦) • ويحدث ذلك مثلا اذا ترك المورث الدعوى عشر سنوات وتركها الوارث خمسة صار كأن الوارث ترك الدعوى خمس عشرة سنة فلا تسمع دعواه بعدها •

٤٢٢ – منع سماع الدعوى بين النسبية والاطلاق :

ان الاثر المترتب على مرور الزمان ، ماثل فى منع سماع الدعوى فى حدود ما ذكرنا آنفا ، انما هو أثر يتراوح بين النسبية والاطلاق فى مواجهة الحاكم أو السلطان يكون منع سماع الدعوى مطلقا او نسبيا تبعا للمدة المقررة لعدم سماع هذه الدعوى • فاذا كانت المدة خمس عشرة سنة ومضت امتنع على القاضى – دون الحاكم – سماعها • اذ المنع فى نطاق هذه المدة هو منع من سماع الدعوى امام القاضى وليس الحاكم • وعلى ذلك فلو أمر الحاكم ، ورغم مضى خمس عشرة سنة ، بسماع الدعوى ، فانها تسمع • أما لو كانت المدة ثلاثين سنة ، فان الدعوى بالحق لا تسمع بعد مضيها ولا أمر الحاكم بسماعها • وكما هو واضح فان منع سماع الدعوى فى الحالة الاخيرة هو منع مطلق يقوم أمام القاضى والحاكم • بينما هو منع نسبى فى الحالة الاولى يقوم أمام القاضى دون الحاكم •

أما بالنسبة للثانى ، فانه يمتنع عليه سماع الدعوى لمرور المدة المقررة بعدم سماعها ، أيا كانت هذه المدة •

وفى تأصيل كل ذلك ، ذكر الاستاذ سليم رستم (٥٧) ، أن مرور الزمان مبنى على أمرين • الاول حكم اجتهادى نص عليه الفقهاء (الاستحسان ووجهه منع التزوير) والثانى أمر سلطانى يجب على القضاة اتباعه لانهم بمقتضاه معزولون عن سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة بدون عذر • والقاضى وكيل عن السلطان والوكيل يستفيد التصرف من موكله فاذا خصص له تخصص واذا عمم تعمم كما نص عليه فى الخيرية وغيرها • وقد فرقوا بين

---

(٥٦) المادة ١٦٧٠ من مجلة الاحكام العدلية •

وقد نصت ٢٦١ من مرشد الحيران على فرض آخر على النحو التالى : اذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم خمس عشرة سنة من غير عذر وكان لباقى الورثة عذر بأن كان قاصرا فبلغ رشيدا تسمع دعواه على الدين بقدر حصته التى تخصه من الدين •

(٥٧) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من ق.ل ، ص ٩٨٣ – ٩٨٤ •

هذين الامرين بأنه اذا مضى على سماع الدعوى خمس عشرة سنة فقط فأمر السلطان بسماعها بعد هذه المدة تسمع ولو تركت بدون عذر · واما اذا مضى على الدعوى ثلاثون سنة بلا عذر فلا تسمع وان أمر السلطان بسماعها (٥٨) · والفرق بينهما ظاهر · وهو أن منع سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة مبنى على النهى السلطانى فمن نهى عن سماع الدعوى له ان يأمر بسماعها وأما عدم سماع الدعوى بعد ثلاثين سنة فهو مبنى على منع الفقهاء كما تقدم فليس للسلطان أن ينقضه · فأمر السلطان ينفذ اذا وافق الشرع والا فلا(٥٩) ·

وخلاصة لكل ما تقدم يمكننا القول اذا ، انه ولئن كان أثر مرور الزمن بعدم سماع الدعوى انما يتراوح بين النسبية والاطلاق فى مواجهة الحاكم والقاضى ، فان ذلك يتوقف على أساس المنع ومدته(٦٠) ·

٤٢٣ ـ مقارنة بين التقادم فى القانون ومرور الزمن فى الفقه الاسلامى :

تجرى هذه المقارنة مع ملاحظة أن القانون المدنى الكويتى الجديد قد أخذ بأحكام مرور الزمن فى الفقه الاسلامى · وبالتالى فانها مقارنة بين التقنينات المدنية التى أخذت بالتقادم من جهة واحكام مرور الزمن فى الفقه الاسلامى من جهة أخرى وهى أساس القانون المدنى الكويتى فى هذا الشأن كما ذكرت ونوجز المقارنة فيما يأتى :

١ ـ ان جوهر التقادم فى القانون المدنى يختلف عنه فى الفقه الاسلامى وخاصة من حيث الأثر فالتقادم يسقط الحق ذاته ولا يسقط الدعوى به فقط · بخلاف مرور الزمن فى الفقه الاسلامى وهو لا يسقط الحق وانما يسقط الدعوى به بصفة عامة ·

---

(٥٨) سليم رستم باز ، المرجع السابق ، نفس الموضع · ويبدو انه استند فى ذلك لما جاء فى حاشية رد المحتار لابن عابدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٤١٩ وما بعدها ·

(٥٩) سليم رستم باز ، المرجع السابق ، نفس الموقع · وقد استند فى ذلك الى ما جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم : القاعدة الخامسة فى تصرف الامام على الرعية · راجع الأشباه ، مشار اليه من قبل ، ص ١٢٤ ـ ١٢٥ ·

(٦٠) فى هذا المعنى ، صبحى محمصانى ، المرجع السابق ، ص ٥٨١ ·

٢ ـ من حيث المـدة يتفق القانون فى القاعدة العامة بتحديد مدة التقادم بخمس عشرة سنة مع ما هو مقرر فى الفقه الاسلامى حيث تتحدد المـدة فى دعوى الدين ـ بصفة عامة ـ بخمس عشرة سنة أيضـا ٠

٣ ـ من حيث بدء سريان المـدة ٠ يتفق القانون مع الفقه الاسلامى ٠ اذ تبدأ المـدة فى السريان فى القانون من اليوم الذى يصبح فيه الدين مسـتحق الاداء وتبدأ فى الفقه الاسلامى من تاريخ ثبوت الحق للمدعى باقامة الدعوى بالمدعى به ، وهو تاريخ استحقاق الدين ٠

٤ ـ يتفق القانون أيضا مع الفقه الاسلامى فى أسباب وقف انقطاع المـدة ٠ فالتقـادم يقف فى القانون أو وجـود مانع وكلمة المـانع تستوعب الاعذار الموقفة لمرور الزمان فى الفقه الاسلامى وخاصة الغياب وانعدام الاهلية وأيضا كون المدعى عليه من المتغلبة حيث يمكن أن نعتبرها مانعا أدبيا أو معنويا ٠ كذلك يتفق القانون فى أسباب انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية واقرار المدعى عليه مـع أسباب انقطاع مرور الزمن فى الفقه الاسلامى ٠

قائمـــة المراجـــع

أحـكام الالتزام

د. طلبـه وهبـه خطـاب

المراجـــع

المراجـع العربية :

اولا : فى فقه الشريعة الاسلامية :

١ ـ قديمـا :

ابن القيم : اعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين ابى عبد الله محمد بن ابى بكر المعروف بابن قيم الجـوزية ، دار الجيل ، بيروت .

ابن تيمية : القواعد النورانية الفقهية لشيخ الاسلام ابن تيمية ، تحقيق محمد حامد الفقى دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٨٩هـ – ١٩٧٩م .

ابن رجب : القواعد فى الفقه الاسلامى للحافظ ابى الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلى دار المعرفة ، بيروت .

ابن رشد الحفيد : بداية المجتهد ونهاية المقتصـــد ، للامام القاضى أبو الوليد محمد بن أحمد محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الأندلسى الشــهير بابن رشــد الحفيد ، دار الفكر ، مكتبة الخانجى .

ابن جزى : قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية / محمد ابن أحمد بن جزى الغرناطى المــالكى ، طبعة ١٩٧٩م ، دار العلم للملايين ، بيروت . .

ابن حجر الهيتمى : تحفة المحتاج بشرح المنهاج للامام العالم العلامة

الفهامة خاتمة المحققين شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمى الشافعى ، بهامش حـواشى العـلامتين الشيخ عبـد الحميـد الشروانى والشيخ أحمد بن قاسم العبادى . بيروت .

ابن حزم : المحلى ، لابى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم ، منشورات المكتب التجارى للطباعة والنشر ، بيروت .

ابن قدامة : المغنى ، للامام العلامة موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد ابن محمد بن قدامة على مختصر الخرقى ، دار الكتاب العربى ، بيروت ٠ ١٣٩٢هـ – ١٩٧٢م ٠

ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار : شرح تنوير الأبصار ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف ٠ والحاشية لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين ، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ – ١٩٦٦م ، دار الفكر ، بيروت ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م ٠

ابن عبد السلام : قواعد الاحكام فى مصالح الانام للامام المحدث الفقيه سلطان العلماء أبى محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ٠

ابن نجيم : الاشباه والنظائر ٠ للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، دار الكتب العلمية بير ، ١٤٠٠ هـ – ١٩٨٠ م ٠

ابن يوسف : غاية المنتهى فى الجمع بين الاقناع والمنتهى للشيخ مرعى ابن يوسف الحنبلى ، الطبعة الثانية ، منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض ٠

البهوتى : كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ العلامة ، فقيه الحنابلة منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ، مكتبة النصر الحديثة ، الرياض ٠

السرخسى : المبسوط ، لشمس الدين السرخسى ، الطبعة الثانية دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ٠

السيوطى : الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى ، الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ – ١٩٧٩ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ٠

الشافعى : الام ، للامام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ، الجزء السابع ، الناشر مكتبة الكليات الازهرية ، الطبعة الاولى ، ١٣٨١هـ – ١٩٦١م ٠

الشيرازى : المهذب ، لابى اسحق ابراهيم بن على يوسف الفيروز آبادى الشيرازى ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ١٣٧٩هـ – ١٩٥٩م ٠

الكاسانى : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبى بكر ابن مسعود الكاسانى الحنفى ، الناشر زكريا يوسف ، مطبعة الامام ، القاهرة ٠

الكمال بن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير للشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسى ثم السكندرى المعروف بابن الهمام ، دار احياء التراث العربى ، بيروت ٠

٢ ـ حديثـــا :

ـ أحمد ابراهيم بك : الالتزامات فى الشرع الاســلامى ، توزيع دار الانصار ، القاهرة ، ١٣٦٣/١٩٤٤م ٠

ـ أحمد على الخطيب : الحجر على المدين لحق الغرماء فى الفقه الاسلامى والقانون المقارن القاهرة ، ١٣٨٤هـ ـ ١٩٦٤م ٠

ـ زكى الدين شـــعبان : نظـــرية الشروط المقترنة بالعقد فى الشريعة والقانون ؛ الطبعة الاولى ، ١٩٦٨م ٠

ـ صبحى محمصانى : النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاســـلامية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، ١٩٧٢م ٠ ـ فلســـفة التشريع فى الاسلام ، الطبعة الرابعة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٥ ٠

ـ عبد الرزاق أحمـد السنهورى : مصادر الحـق فى الفقـه الاســلامى ، المجمع العلمى العربى الاسلامى منشورات محمد الداية ، بيروت ٠ ستة أجزاء ٠

ـ عبد الكريم زيدان : الكفالة والحوالة فى الفقه المقارن ، بغـداد ، ١٩٧٥م ٠

ـ عبد الناصر العطار : نظرية الاجل فى الإلتزام فى الشريعة الاســلامية وقوانين البلاد العربية ، القاهرة ١٩٧٨م ٠

ـ على الخفيف : مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، الطبعة الرابعة ، القاهرة ، ١٩٥٢م ٠

التصرف الانفرادى والارادة المنفردة ، معهد الدراســـات العربيـــة العالية ، القـاهرة ، ١٩٦٤ م ٠

ـ محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربى ٠

ـ محمد زكى عبد البر : كلمة فى الحجر على المدين فى الفقه الاسلامى ، مجلة المحاماة السنة ٣٦ ، العدد التاسع ، مايو سنة ١٩٥٦م .

ـ محمد سلام مدكور : بحث عن المقاصة فى الفقه الاسلامى منشور على جزاين فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الثامنة والعشرون ، والسنة التاسعة والعشرون .

ـ محمد مصطفى شلبى : المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ، دار النهضة العربية ، بيروت ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٩م .

ثانيا ـ فى القانون المدنى :

ـ أنور سلطان : الموجز فى النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، احكام الالتزام ، الاسكندرية ١٩٦٤/١٩٦٥ م .

ـ جميل الشرقاوى : دراسة فى طبيعة الدعوى البولصية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٢٩ ، العدد الاول ، مارس ، ١٩٥٩م .

ـ عبد الرزاق أحمد السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزاين الثانى والثالث .

ـ عبد الفتاح عبد الباقى : مصادر الالتزام فى قانون التجارة الكويتى ، جامعة الكويت ، ١٩٧٦م .

ـ عبد المنعم البدراوى : النظرية العامة للالتزامات ، ج ٢ ، احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨م .

ـ عبد المنعم فرج الصده : أحكام الالتزام ، القاهرة ، ١٩٥٥م .

ـ محمد لبيب شنب : ـ دروس فى نظرية الالتزام ، احكام الالتزام ، ١٩٧٥ م .

ـ كيفية استعمال الحق فى الحبس،مجلة العلوم القانونة والاقتصادية، العدد الثانى ، السنة العاشرة ، يوليو سنة ١٩٦٨م .

ـ مصطفى الجمال وجلال العدوى ، اصول المعاملات ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية .

ثالثا ـ مجلات وكتب اخرى

ـ مجلة الاحكام العدلية ٠

ـ مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل : للشيخ أحمد عبد الله القارى ، مطبوعات مؤسسة تهامه ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الاولى . ١٤٠١/١٩٨١م ٠

ـ مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان ، لمؤلفه محمد قدرى باشا ، الطبعة الثالثة ، الطبعة الاميرية ،بمصر ، سنة ١٩٠٩م ٠

ـ مجلة البحوث الاسلامية ، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء ، هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ٠

ـ موسوعة الفقه الاسلامى ، المجلس الاعلى للشئون الاسلامية بالقاهرة٠

ـ مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، أحمد نصر الجندى الطبعة الثانية . ١٩٧٨ ٠

ـ مجلة القانون والاقتصاد ٠

ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٠

ـ مجموعة الانظمة واللوائح والتعليمات التى تصدرها وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية ، الطبعة الاولى ، ١٣٩٦ ٠

المراجع الفرنسية

ƐEGUIN (Jacques) : " Clauses penal ". répertoire de droit civil, Dalloz, 2e' dition, Mise A jour 1979, t II.

BOUT (Roger) : " Obligation naturelle " répertoire de droit civil, Dalloz, 2e e'dition. Mise A Jour 1979, t.

CARBONNIER (J) : " Droit Civil ", t. 4, les obligation", Jaris,1956.

DERRIDA (fernand) : " BETENTION" Répertoire de droit civil, Dalloz, 2e e'dition Mise' A jour e979, t. VII.

GAUDEMET : Théorie generale des obligations, Paris, 1937.

LEBRUN : Cession de dette : Encycl. Juridiane, 1970.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) : "Droit Civil" t. 2, vol. 1, "les obligations", Paris, 1962.

MAZEAUD (H. L. J.) : "lecons de droit", civil, t. 2, 5 e'd, Paris, 1973.

RIEGE : ' Cession de creance Encycl Juridiance, 2e e'dition, t. 2.. 1970.

— " NOVATION, "Repertoire de droit civil mise a jour, 1979, t. v.

SAVATIER (Ren'e) : " La theorie de doligation 3e ed., Paris, 1974.

STARCK (Boris) :

— " Action oblique "
Répertoire de droit civil mise a jour, 1979, 2e ed, t. 1.

— " Action Paulienne " Répertoire de droit clvii, mise a Jour, 1979, 2e ed. t. 1.

الفهرس

الموضوع	الصفحة	البند

الموضـــوع	الصفحة	البنـد
الاسلامى	٢٦٣	٢٧٨
البـاب الرابع : انقضاء الالتزام	٢٧٣	٢٨٥
الفصــل الأول : الوفاء	٢٧٤	٢٨٧
المبحث الأول : أطراف الوفاء	٢٧٥	٢٨٨
المبحث الثانى : موضوع الوفاء	٢٧٩	٢٩٢
المبحث الثالث : الوفاء بارادة الموفى وحـده ...	٢٨٤	٢٩٧
المبحث الرابع : ظروف الوفاء	٢٨٩	٣٠٤
المبحث الخامس : آثار الوفاء	٢٩٥	٣٠٩
المطلب الأول : الحلول الاتفـاقى	٢٩٧	٣١٠
المطلب الثانى : الحلول القانونى	٣٠١	٣١٤
المطلب الثالث : آثار الحلول	٣٠٤	٣١٥
المبحث السادس : الوفاء فى الفقه الاسلامى ...	٣١٧	٣١٩
المطلب الأول : طرفا الوفاء	٣١٧	٣٢٠
المطلب الثانى : موضوع الوفاء	٣٢١	٣٢٢
المطلب الثالث : ظروف الوفاء	٣٢٤	٣٢٥
الفصــل الثانى : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ...	٣٢٩	٣٢٨
المبحث الأول : الوفاء بمقابل	٣٣٠	٣٢٩
المبحث الثانى : التجـديد	٣٣٦	٣٣٣
المبحث الثالث : الانابة فى الوفاء	٣٤٦	٣٤٢
المبحث الرابع : المقاصــة	٣٥٠	٣٤٥
المطلب الأول : المقاصــة القانونية	٣٥١	٣٤٧
المطلب الثانى : المقاصة القضائية والمقاصة الاتفاقية	٣٥٧	٣٥١
المبحث الخامس : اتحـاد الذمة	٣٦١	٣٥٤
المبحث السادس : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء فى الفقه الاسلامى	٣٦٤	٣٥٧
المطلب الأول : المقاصة فى الفقه الاسلامى ...	٣٦٥	٣٥٨
المطلب الثانى : الوفاء بمقابل فى الفقه الاسلامى	٣٧٢	٣٦٣
المطلب الثالث : اتحاد الذمة فى الفقه الاسلامى	٣٧٥	٣٦٥

الموضوع	الصفحة	البند

رقم الايداع بدار الكتب

٨٣/٢٨٥٣

الترقيم الدولى ٨ ـ ٦٥٠٠٠ ـ ١٠ ـ ٩٧٧

مطبعـــة دار الصـــفا

١٤ شـارع عبد الحميد

ـ جنينة قاميش

السـيدة زينب ـ القـاهرة